

Om arbeidsgivers adgang til å kontrollere ansattes e-post og datalogger ved mistanke om misligheter

Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet



Kandidatnummer: 633
Leveringsfrist: 25. april 2010

Til sammen 17 412 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

Forkortelser	1
<u>1</u> <u>INNLEDNING</u>	<u>2</u>
1.1 Aktualitet og problemstilling	2
1.2 Rettskildene	5
1.3 Oppbygging av den videre fremstillingen	7
<u>2</u> <u>FORHOLDET MELLOM ARBEIDSMILJØLOVEN,</u>	
<u>PERSONOPPLYSNINGSLOVEN OG PERSONOPPLYSNINGSFORSKRIFTEN</u>	<u>7</u>
2.1 Kort om forholdet mellom bestemmelsene om kontrolltiltak	7
2.2 Lovenes og forskriftens saklige og stedlige virkeområde	10
2.3 Særlig om arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepet	13
<u>3</u> <u>KORT OM STYRINGSRETTE MED BEGRENSNINGER</u>	<u>15</u>
3.1 Generelt	15
3.2 Begrensninger i arbeidsgivers styringsrett.	17
3.2.1 EMK art. 8 som begrensning	17
3.2.2 Individuell arbeidsavtale og tariffavtaler	17
3.2.3 Arbeidsmiljølovens § 9-1	18
3.2.4 Personopplysningsloven	19
3.2.5 Personopplysningsforskriften	19
<u>4</u> <u>GENERELLE VILKÅR FOR IVERKSETTELSE AV KONTROLLTILTAK</u>	<u>20</u>
4.1 Generelle vilkår i arbeidsmiljølovens § 9-1	20
4.1.1 Saklighetskravet	21

4.1.2	Forholdsmessighetskravet	22
4.2	Rettspraksis i forbindelse med mistanke om misligheter	23
4.3	Personopplysningslovens regler om behandling av personopplysninger	27
4.3.1	Generelle vilkår i personopplysningslovens § 11, jf. §§ 8 og 9	27
4.3.2	Personopplysningslovens betydning ved innsyn i e-post mv.	32
<u>5</u>	<u>PERSONOPPLYSNINGSFORSKRIFTENS KAP 9 – SÆRLIGE REGLER FOR INNSYN I E-POST OG FILER</u>	<u>36</u>
5.1	Hvilke elementer kan det kreves innsyn i?	37
5.2	Rettslig grunnlag for innsyn i e-post og filer	41
5.2.1	Når innsyn er nødvendig for å ivareta den daglige drift eller andre berettigede interesser	41
5.2.2	Begrunnet mistanke om grove pliktbrudd eller forhold som kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed	43
5.3	Begrensninger i bruken for andre formål, jf. pol § 11 bokstav c	48
<u>6</u>	<u>KRAV TIL FREMGANGSMÅTER</u>	<u>49</u>
6.1.1	Personopplysningsforskriften § 9-3	49
6.1.2	Drøftelsesplikt § 9-2 og varsel om at kontrolltiltaket iverksettes etter aml	52
6.1.3	Personopplysningsforskriftens § 9-4	53
6.1.4	Lojalitets- og medvirkningsplikt hos arbeidstaker	54
<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>56</u>
<u>8</u>	<u>KILDER OG LITTERATUR</u>	<u>57</u>

Forkortelser

Aml.	Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2006 nr. 62
ARD	Dommer og kjennelser fra Arbeidsretten
EF	Det Europeiske Fellesskap
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstol
FAD	Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementet
NAD	Norsk Arbeidsrettslig Domsamling
NOU	Norges Offentlige Utredninger
Ot.prp.	Odelstingproposisjon
Pof.	Personopplysningsforskriften av 15. des. 2000 nr. 1265
Pol.	Personopplysningsloven av 14. april 2000 nr. 31
RG	Rettens Gang
Rt.	Rettstidende

1 Innledning

1.1 Aktualitet og problemstilling

Noen vil hevde at arbeidsgiver bør ha en rett til innsyn i ansattes filer ved mistanke om misligheter på arbeidsplassen, og at dette er en nødvendig følge av at alt elektronisk utstyr som er stilt til disposisjon fra arbeidsgiver, er arbeidsgivers eiendom. Andre mener at hensynet til den enkeltes integritet og personvern veier tyngre enn arbeidsgivers interesser i denne sammenheng. Etter som datateknologien har utviklet seg er det blitt enklere for arbeidsgiver å kontrollere arbeidstaker. For det første lagres elektroniske spor, såkalt datalogger, som kartlegger arbeidstakerens bruk av verktøyet. Disse loggene har arbeidsgiver mulig tilgang til. For det andre er de fleste dokumenter i dag lagret elektronisk. Dette fører til at dokumentene er lettere tilgjengelig enn tidligere. For noen år tilbake ble dokumenter lagret i papirarkiver der kun de som hadde tilgang til det enkelte arkiv, på ett bestemt sted, hadde mulighet til innsyn i det enkelte dokument. I dag kan dokumentet hentes elektronisk av alle som får tilgang til det fra hvor som helst i verden. For det tredje har den teknologiske utviklingen ført til at det er mulig å gjennomføre store mengder elektronisk lagret informasjon på en enkel og effektiv måte. Gjennomføring av kontrolltiltak er også blitt rimeligere, og presset på ytterligere overvåking øker. I følge Personvernkomisjonens rapport, "Individ og integritet" fra 2009, gjør de teknologiske utviklingstrekkene i arbeidslivet at man finner begrunnelser for økt overvåking av de ansatte.¹

Den nye arbeidsmiljøloven (aml) av 2005 fikk tilført et eget kapittel som omhandler kontrolltiltak i virksomheten.² Bestemmelsene i kapittelet regulerer arbeidsgivers adgang til å foreta kontrolltiltak på arbeidsplassen. Kapittelet er en kodifisering av gjeldende, tidligere

¹ NOU 2009:1. Kap 15. (Individ og integritet).

² Arbeidsmiljøloven kapittel 9.

ulovfestede regler, hovedsakelig om styringsretten og dennes begrensninger.³ Før kodifiseringen ble regelbildet ansett for å være fragmentarisk og lite oversiktlige på arbeidsrettens område. Kap. 9 er utarbeidet med sikte på en klargjøring av gjeldende rett. Etter aml § 9-1 kan arbeidsgiver bare iverksette kontrolltiltak når han eller hun har saklig grunn i virksomhetens forhold, og tiltaket ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren. Retten til å foreta kontrolltiltak på arbeidsplassen begrenses også av reglene om behandling av personopplysninger i personopplysningsloven (pol), dersom kontrolltiltaket innebærer behandling av slike. Dette gjør at man i disse tilfellene må forholde seg til både arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven ved spørsmål om arbeidsgiver har adgang til å foreta et kontrolltiltak.

Spørsmålet om arbeidsgivers innsynsrett i e-post ble satt på spissen i 2005, da daværende ledelse i Redningsselskapet (NSSR) skaffet seg adgang til over 30 000 av ansattes e-poster på jakt etter e-poster som blant annet inneholdt sterkt nedsettende karakteristikker av generalsekretæren.⁴ Samme år førte mistanke om at noen medarbeidere i Vinmonopolet hadde latt seg smøre til at disse medarbeidernes filer og e-post ble gjenstand for gransking⁵. Flere saker av denne typen førte til en lang rekke henvendelser til Datatilsynet om grensen for lovlig innsyn i e-post og datafiler.⁶ Behov for klargjøring av regelverket rundt arbeidsgivers gjennomsløkkingsrett var nødvendig. Dette har blant annet medvirket til utarbeidelse av et nytt kapittel i personopplysningsforskriften (pof), som trådte i kraft 1. mars 2009.⁷ Før forskriften trådte i kraft var det kun de generelle bestemmelsene i personopplysningsloven som regulerte adgangen til innsyn i personopplysninger, jf. pol §§ 8 og 9. Disse bestemmelsene ble ikke utarbeidet med tanke på arbeidsforhold, men for behandling av personopplysninger generelt. Forskriftens kapittel 9 gir særlige regler for

³ Ot. prp nr. 49 (2004- 2005) s. 143. (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

⁴ Sveinung Berg Bentzrød. Aftenposten (2005).

⁵ Tormod Haugstad og Erling Ramnefjell. Dagbladet (2005) og Øystein Andersen og ANB. Dagbladet (2005).

⁶ Mona Bråthen 2008 s. 57-58.

⁷ FOR 2009-01-29 nr 84 (Personopplysningsforskriften)

arbeidsgivers rett til innsyn i arbeidstakers e-post mv. På tross av de nye reglene i forskriften er det fortsatt uklarheter knyttet til spørsmålet om slikt innsyn. Uklarhetene oppstår både i forbindelse med forskriftens betydning i forhold til de generelle reglene i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven, og i forbindelse med tolkning av forskriften i seg selv. I et helt nytt vedtak fra våren 2010 har Datatilsynet vurdert adgangen til innsyn i privat e-post i en konkret sak.⁸ Grensedragningen mellom privat og virksomhetsrelatert e-post er en av flere interessante problemstillinger i forbindelse med spørsmålet om arbeidsgiver har rett til innsyn i ansattes e-post mv.

Temaet i denne masteroppgaven hører inn under rettsområdene arbeidsrett og personvernrett. Spørsmålene oppgaven reiser er i høy grad dagsaktuelle og omdiskuterte. I og med at deler av regelverket rundt kontrolltiltak er nytt, og debatten på området preges av stort engasjement og sterke motsetninger, ønsket jeg å gjøre følgende problemstillinger til tema for min masteroppgave:

- Om arbeidsgivers adgang til å kontrollere ansattes e-post og datalogger ved mistanke om misligheter.
 - De alminnelige regler for kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven, særlig ved mistanke om misligheter.
 - Forholdet mellom de spesielle reglene i personopplysningsforskriftens kapittel 9 og de alminnelige reglene i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven.

Som det følger av ordlyden i hovedproblemstillingen vil en vesentlig del av drøftelsen ligge på kontroll av e-post og datalogger ved mistanke om misligheter. Andre elektroniske verktøy enn e-post og datalogger vil også nevnes i fremstillingen når kontroll av disse følger av de samme reglene. Av hensyn til det sammensatte regelverket har jeg valgt å gi en noe bredere fremstilling av reglene om kontrolltiltak generelt, jf. underproblemstillingene

⁸ Mauren. Aftenposten (2010).

ovenfor. Oppgaven inneholder derfor en redegjørelse for de generelle regler for kontrolltiltak, med hovedvekt på kontroll som følge av mistanke om misligheter. Enkelte drøftelser om forholdet mellom de generelle reglene og de konkrete reglene om innsyn i e-post mv. inngår også i fremstillingen.

Med ”ansatte” (arbeidstakere) mener jeg personer som utfører arbeid i annens tjeneste etter aml § 1-8 (1). Kontraktører og andre som opererer selvstendig og utfører arbeid etter kontrakt faller som hovedregel utenfor arbeidsmiljøloven.⁹

1.2 Rettskildene

En særlig utfordring i forbindelse med oppgaveskrivingen har vært å redegjøre for sammenhengen mellom arbeidsmiljøloven, personopplysningsloven og personopplysningsforskriften. Rettskildebildet er komplekst, og både lovene og forskriften blir relevante for fremstillingen om arbeidsgiver adgang til innsyn i e-post ved mistanke om misligheter. Det er ikke helt åpenbart hvilken rolle personopplysningsforskriften kap 9 får i forhold til de generelle reglene. Noe av begrepsbruken i lovene er heller ikke identisk, men jeg har forsøkt å belyse sammenhengen mellom dem i oppgaven.

Det som finnes av rettspraksis om kontrolltiltak ved mistanke om misligheter baserer seg for det meste på de generelle reglene i arbeidsmiljøloven eller personopplysningsloven. Der tiltaket innebærer behandling av personopplysninger er personopplysningslovens vilkår for behandling avgjørende. I tilfeller som ikke innebærer behandling av personopplysninger legges arbeidsmiljølovens vilkår for iverksettelse av kontrolltiltak til grunn. Siden forskriften er ny, finnes det lite rettspraksis om tolkning av den på nåværende tidspunkt. For å få frem de sentrale vurderingene har det derfor i noen tilfeller vært nødvendig for meg å bruke rettspraksis som ikke direkte behandler spørsmålet om innsyn i e-post mv. ved mistanke om misligheter.

⁹ Se pkt. 2.3 for drøftelse av begrepene ”arbeidsgiver” og ”arbeidstaker”.

Det opprinnelige høringsforslaget til pof kap. 9 var annerledes og mer detaljert enn det som følger av reglene i den vedtatte forskriften. Første utkastet som ble sent til høring fikk ikke gjennomslag i høringsrunden.¹⁰ Det ble likevel ikke gjennomført noen ny høringsrunde for den vedtatte forskriften. Pof kap. 9 består av fem paragrafer, med utfyllende merknader fra Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementet (FAD).¹¹ Merknadene ble gitt samtidig med forskriften. En utfordring i denne sammenheng er å fastslå merknadenes rettskildemessige betydning. Det er noe usikkert hvilken vekt disse merknadene bør tillegges ut fra en rettskildemessig betraktning. I utgangspunktet er ikke slike merknader særlig tungtveiende rettskilder. Likevel er det slik at merknadene foreløpig er én av få kilder som gir informasjon om hvordan departementet har ment at forskriften skal tolkes. De er utarbeidet av FAD som en veiledning for tolking og forståelse av forskriften. At de må tillegges vekt er neppe tvilsomt, og i praksis vil de nok få stor betydning. I drøftelsen om innsyn i e-post mv. har merknadene vært en viktig kilde for forståelsen av hvordan forskriften skal tolkes. Det har imidlertid vært tilfelle at jeg ikke har funnet det tilstrekkelig klart hva forskriftsmyndigheten har ment, og jeg har vært i kontakt med FAD for å få veiledning. Gjennom denne kontakten har jeg fått en bedre forståelse av hvordan den konkrete regelen skal tolkes.

Reglene om kontrolltiltak er sammensatt og forholdsvis komplisert når tiltaket innebærer behandling av personopplysninger, som ved innsyn i e-post og datalogger. At personopplysningsforskriftens kapittel 9 er så nytt gjør situasjonen særlig utfordrende. I tillegg til manglende rettspraksis finnes det svært lite juridisk litteratur som gir holdepunkter for anvendelsen. Oppgaven inneholder derfor en del uavklarte spørsmål og vanskelige drøftelser.

¹⁰ Regjeringen (2006) Høringsdokument.

¹¹ Regjeringen (2009) Merknader til personopplysningsforskriften.

1.3 Oppbygging av den videre fremstillingen

Oppgavens kapittel 2 inneholder en oversikt over forholdet mellom arbeidsmiljølovens, personopplysningslovens og personopplysningsforskriftens regler som kommer til anvendelse ved kontrolltiltak. Kapitlet inneholder også en fremstilling av lovenes og forskriftens saklige og stedlige virkeområde, og en særskilt drøftelse av arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepet. Kapittel 3 og 4 omhandler hovedsakelig de alminnelige reglene for kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven. Kapittel 3 gir en fremstilling av styringsretten med begrensninger. I kapittel 4 følger en redegjørelse for de alminnelige reglene i de to lovene, særlig ved mistanke om misligheter. I punkt 4.3.2 trekker jeg en parallell til personopplysningsforskriftens kapittel 9 ved å drøfte hvilken betydning vilkårene i forskriften får i forhold til de alminnelige vilkårene for behandling av personopplysninger i personopplysningsloven. I kapittel 5 og 6 behandles retten til innsyn i arbeidstakers e-post etter reglene i personopplysningsforskriftens kapittel 9, herunder vilkår og fremgangsmåter. I tillegg følger et kort avsnitt om arbeidstakers medvirkningsplikt.

2 Forholdet mellom arbeidsmiljøloven, personopplysningsloven og personopplysningsforskriften

2.1 Kort om forholdet mellom bestemmelsene om kontrolltiltak

For å ta stilling til spørsmålet om arbeidsgiver har adgang til å gjennomføre kontrolltiltak kreves det forståelse av sammenhengen i regelverket på området. Forholdet mellom arbeidsmiljøloven, personopplysningsloven og personopplysningsforskriften er ikke nødvendigvis helt åpenbart. Av denne grunn kan det være behov for en avklaring.

Utgangspunktet er at arbeidsgiver i forbindelse med at det etableres et arbeidsforhold, får en såkalt styringsrett overfor arbeidstaker. Styringsretten er imidlertid ikke ubegrenset. Arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven inneholder generelle begrensninger for iverksettelse av kontrolltiltak. Begrensninger av spesiell art, nærmere bestemt vilkår for

innsyn i arbeidstakers e-post, finnes i personopplysningsforskriftens kapittel 9. Nærmere redegjørelse for styringsretten med begrensinger behandles i kapittel 3.

Arbeidsmiljøloven kapittel 9 inneholder regler om kontrolltiltak i virksomheten. Vilåårene for at kontrolltiltak skal kunne gjennomfåres fålgjer av aml § 9-1. Denne bestemmelsen reiser to hovedproblemstillinger. For det fårste oppstår det et rent arbeidsrettslig spårsmål som går ut på om det i det helte tatt er *adgang til å iverksette* kontrolltiltaket. Arbeidsgiver må i så fall ha saklig grunn og tiltaket må ikke være uforholdsmessig overfor arbeidstakeren, jf. § 9-1 fårste ledd. Disse to kravene gjelder for ethvert kontrolltiltak arbeidsgiver ånsker å iverksette.

Den andre hovedproblemstillingen fålgjer av § 9-1 annet ledd. Av annet ledd fremgår det at personopplysningsloven gjelder for arbeidsgivers behandling av personopplysinger om arbeidstaker i forbindelse med kontrolltiltak. Spårsmålet her blir om arbeidsgiver har adgang til å behandle personopplysninger om arbeidstaker som fremkommer gjennom kontrolltiltaket. Forutsetningen for at alternativet kommer til anvendelse er fålggelig at tiltaket innebærer behandling av personopplysninger. Gjennom aml § 9-1 annet ledd trekkes de generelle vilåårene for behandling av personopplysinger (jf. pol § 11, jf § 8 og 9) inn i arbeidsmiljølovens regler om kontrolltiltak på arbeidsplassen. Dette innebærer at iverksettelse av kontrolltiltak som går ut på behandling av personopplysninger, både må vurderes etter vilåårene i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven med forskrift. Etter min oppfatning kan derfor arbeidsmiljøloven betraktes som en slags rammelov, som oppstiller og henviser til de regler som gjelder for iverksettelse av kontrolltiltak i arbeidsforhold når kontrollen innebærer behandling av personopplysninger. Reglene i personopplysningsloven er ikke utarbeidet med tanke på arbeidsforhold, men blir gjennom arbeidsmiljølovens kapittel 9 en del av det arbeidsrettslige regelverket.

Aml § 9-5 fikk i januar 2009 en egen bestemmelse som fastslår at arbeidsgivers rett til innsyn i arbeidstakers e-post mv. reguleres i forskrift gitt i medhold av pol § 3 fjerde ledd, fårste punktum. Denne bestemmelsen ble inntatt i forbindelse med at

personopplysningsforskriften kap. 9 trådte i kraft. Pof. kap 9 er utarbeidet med den hensikt å gi konkrete regler for arbeidsgivers innsyn i e-post og filer.

Departementet foreslo å innta bestemmelsen i aml § 9-5 av opplysningshensyn, og av hensynet til sammenhengen mellom reglene i personopplysningsloven og arbeidsmiljølovens kapittel 9. Tanken var å gjøre det klart at innsyn i e-post mv. bare kan skje når det følger av personopplysningslovens regler.¹² Under utarbeidelsen av reglene var det noe uenighet om reglene burde plasseres i arbeidsmiljøloven eller i personopplysningsforskriften. Etter FADs syn var det imidlertid den beste løsningen at forskrifthjemmelen ble innarbeidet i personopplysningsloven, ettersom hjemmelen er ment å åpne for bestemmelser som presiserer personopplysningens alminnelige krav til behandling av personopplysninger.¹³

Slik jeg oppfatter det må bestemmelsen i aml § 9-5 forstås slik at når et kontrolltiltak gjelder innsyn i e-post mv., må både vilkårene for iverksettelse av kontrolltiltaket i aml § 9-1 første ledd, og personopplysningsforskriftens særskilte vilkår for innsyn i e-post mv være oppfylt. På denne måten må man vurdere om vilkårene for selve iverksettelsen, og vilkårene for behandling av personopplysninger er oppfylt. Denne betraktningssåten følger utgangspunktet i aml § 9-1 første og annet ledd. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det blant annet uttalt at på arbeidslivets område er det mye som taler for at personopplysningsloven må tolkes i lys av de arbeidsrettslige regler.¹⁴ Siden pof kap 9 er gitt med hjemmel i personopplysningslovens § 3 må trolig det samme utgangspunktet gjelde for denne. Dette taler etter min mening for at aml § 9-1 får en selvstendig betydning slik at saklighets- og forholdsmessighetskravet må være oppfylt også ved behandling av personopplysninger etter forskriften. For de særlige spørsmålene om innsyn i e-post mv. trer vilkårene for innsyn i pof. kap 9 delvis inn i stedet for de alminnelige vilkårene i personopplysningsloven. Se pkt. 4.2.2 for nærmere drøftelse av forholdet mellom vilkårene for behandling av personopplysninger i personopplysningsloven og personopplysningsforskriftens kapittel 9.

¹² Ot.prp.nr.71 (2007-2008) s. 6 (Om endringer i personopplysningsloven mv.)

¹³ Ot.prp.nr.71 (2007-2008) s. 6 (Om endringer i personopplysningsloven mv.)

¹⁴ NOU 2004:5 s. 423 (Arbeidslivslovutvalget)

2.2 Lovenes og forskriftens saklige og stedlige virkeområde

Bestemmelsen i aml kap. 9, og arbeidsmiljølovens øvrige bestemmelser, gjelder for ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven”, jf aml § 1-2 (1). Begrepet ”virksomhet” omfatter alle former for næringsvirksomhet og offentlig forvaltning med en viss varighet og fasthet.¹⁵ Det er altså en forutsetning for anvendelse av loven at det foreligger et ansettelsesforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og at det er tale om en etablert virksomhet.

Personopplysningslovens § 3 fastslår at loven kommer til anvendelse der det er tale om ”behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler” eller andre former for behandling ”når disse inngår eller skal inngå i et personregister”. Jeg går ikke videre ikke på det siste alternativet om personregistre, da det faller utenfor temaet i oppgaven.

Formålet med personopplysningsloven er å ”beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger” jf. pol § 1. For at loven personopplysningsloven skal komme til anvendelse må det følgelig være tale om behandling av ”personopplysninger”. Personopplysninger er etter pol § 2(1)(1) ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson”. Opplysninger og vurderinger som knytter seg til en arbeidstaker vil dermed falle inn under betegnelsen. Begrepet er komplekst og reiser en rekke spørsmål, blant annet om hva slags personer som omfattes av begrepet og kravet til sammenknytning mellom person og informasjon. Av hensyn til oppgavens omfang nøyer jeg meg derfor med å presentere utgangspunktet ovenfor.¹⁶

¹⁵ Jakhelln og Aune 2005 s. 23

¹⁶ Se, Schartum 2004 pkt 4.3 for nærmere redegjørelse for innholdet i begrepet ”personopplysning”.

Et annet vilkår for at loven skal komme til anvendelse er at det er tale om behandling ved hjelp av ”elektroniske virkemidler”. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven, som belyser forholdet mellom arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven, presiseres det hva som menes med elektroniske hjelpemidler.¹⁷ All elektronisk databehandling omfattes. Manuell databehandling faller utenfor, men skillet her er ikke helt klart. Det avgjørende synes å være om det er mulighet for å søke i materialet.¹⁸ Videoopptak, mobiltelefonlogger, e-post osv. faller inn under begrepet.

En tredje forutsetning at det er tale om ”behandling” etter pol § 2 (1)(2). Med dette menes enhver behandling som kan utføres på en personopplysning. Blant annet innsamling, lagring, sammenstilling, ulike typer analyse mv videreformidling med videre av opplysninger som kan tilbakeføres til bestemte ansatte.¹⁹ Lovens generelle regler gjelder alle former for tiltak som innebærer at det innhentes personopplysninger som behandles elektronisk, både i arbeidslivet og ellers. Når det gjelder innsyn i e-post gjør Høyesterettsavgjørelse i Rt. 2002 s. 1500, s. 1503 det klart at arbeidsgivers innsyn i ansattes e-post innebærer behandling av personopplysninger som faller inn under lovens virkeområde.

Personopplysningsloven bygger på et etableringsprinsipp. Prinsippet innebærer at en organisasjon kun skal forholde seg til nasjonale rettsregler i det land den er etablert.²⁰ For at personopplysningsloven skal komme til anvendelse må den behandlingsansvarlige være etablert i Norge, jf. pol § 4 første ledd. Pol § 4 bygger på det bakenforliggende EU-direktivets art. 4. Etter EU-direktivets forale punkt 19 er etableringskravet oppfylt når det faktisk utøves aktivitet innenfor en forholdsvis fast struktur. I følge Schartum og Bygrave kan det etter en samlet vurdering av rettspraksis fra EF-domstolen oppstilles tre grunnkrav som inngår i etableringsbegrepet. Det må være utøvelse av aktivitet, gjennom fast

¹⁷ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 138 (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

¹⁸ NOU 1997:19 s. 57 (Et bedre personvern).

¹⁹ Ot.prp.nr.92 (1998-99) s. 104-105

²⁰ Schartum og Bygrave 2006 s. 49.

organisatorisk infrastruktur og over ubestemt tidsrom.²¹ Det er ikke avgjørende for lovens virkeområde hvor behandlingen skjer, men hvor den som har bestemmelsesrett over behandlingen er etablert.²² Dette vil innebære at personopplysningsloven kommer til anvendelse for enhver arbeidsgiver som er etablert i Norge.

Arbeidsmiljøloven har ikke en tilsvarende formulering av etableringsprinsippet. Men som norsk lov gjelder arbeidsmiljøloven bare innenfor landets territorium.²³ Virksomheter som er etablert på norsk territorium omfattes av arbeidsmiljøloven. Arbeidstakere som er ansatt i virksomheten vil dermed også omfattes av reglene i loven. For virksomheter som har tilknytning til flere land gjelder for Norges del ulovfestede lovvalsregler, som i utgangspunktet innebærer en avtalefrihet i forhold til hvilket lands regler som skal gjelde.²⁴ Dette går jeg ikke nærmere inn på. I den videre fremstilling forutsetter jeg at det er tale om virksomheter som er etablert i Norge.

Konkrete vilkår for innsyn i arbeidstakers e-post og datalogger fremgår som nevnt av personopplysningsforskriften kapittel 9. Forskriftens virkeområde fremkommer av pof § 9-1, og kapittel 9 gjelder ”arbeidsgivers rett til innsyn i arbeidstakers e-postkasse mv.” For at reglene skal komme til anvendelse må det være tale om innsyn i elektronisk utstyr som ”arbeidsgiver har stilt til arbeidstakers disposisjon”. Fellesområder på virksomhetens server faller utenfor. Reglene gjelder heller ikke for privat elektronisk utstyr eller e-postkontoer som er åpenbart private.

Når det gjelder forskriftens geografiske virkeområde må reglene som følger av pol § 4 være avgjørende også for denne, som følge av at forskriften er gitt med hjemmel i pol, og annet ikke følger av forskriften selv. Den vil derfor komme til anvendelse for virksomheter som er etablert i Norge.

²¹ Schartum og Bygrave 2006 s. 52.

²² Schartum 2004 s. 129

²³ Fougner. *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.* (2006) s. 55

²⁴ Fougner. *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.* (2006) s. 55

2.3 Særlig om arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepet

Både arbeidsmiljøloven og personopplysningsforskriften benytter begrepene ”arbeidsgiver” og ”arbeidstaker”. Når begrepene anvendes i aml § 9-5, som viser til forskriften gitt i medhold av pol § 3 fjerde ledd, forutsettes et felles innhold. Et spørsmål blir da om det faktisk er samsvar mellom begrepene. Etter aml § 1-8 annet ledd er arbeidsgiver definert som ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Det som er bestemt om arbeidsgiver i loven, skal også gjelde for den som leder virksomheten i arbeidsgivers sted. Den som instruerer arbeidstakerne og fører kontroll med virksomheten fungerer som arbeidsgiver. Arbeidsgiver plikter selv å sørge for en avklaring av hvem som er arbeidsgiver hvis arbeidstaker skulle være i tvil, jf. Rt. 1993 s. 954. I aml § 1-8 første ledd er ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste” arbeidstaker. Hovedregelen er at arbeidstakeren må være ansatt hos arbeidsgiveren.²⁵ Arbeidstaker plikter å stille sin arbeidskraft til disposisjon, og har dermed rett til godtgjørelse fra arbeidsgiver. Denne gjensidigheten er avgjørende for at det skal foreligge et arbeidsforhold.

Personopplysningsforskriften er som nevnt gitt med hjemmel i pol § 3 fjerde ledd, men forskriftens kap 9 bruker ikke tilsvarende begreper som i personopplysningsloven. Pof kap 9 bruker ”arbeidsgiver” og ”arbeidstaker” istedenfor ”behandlingsansvarlig” og ”registrert”. Som jeg var inne på i forrige avsnitt vil arbeidsgiver bare være ”behandlingsansvarlig” etter pol hvis vilkårene i lovens § 2 nr. 4 er oppfylt. Tilsvarende gjelder for arbeidstaker som vil være ”registrert” når vilkårene i § 2 nr. 6 er oppfylt. Det er dermed ikke fullstendig samsvar mellom begrepet arbeidsgiver og behandlingsansvarlig.

Når personopplysningsforskriften benytter begrepene arbeidsgiver og arbeidstaker må innholdet presiseres. Av merknadene til pof § 9-1 fremkommer det at ”Arbeidsgiver etter forskriften vil være den som er behandlingsansvarlig etter personopplysningsloven.”²⁶

²⁵ Jakhell og Aune 2005 s. 47

²⁶ Regjeringen (2009) Merknader til personopplysningsforskriften.

Arbeidsgiver og arbeidstaker vil dermed være en type behandlingsansvarlig og registrert. Det fremgår også av merknadene at i praksis gjelder arbeidsgivers plikter for ”den som i arbeidsgivers sted har det daglige ansvaret for drift av virksomheten, slik også den behandlingsansvarliges plikter etter personopplysningsloven påhviler den som har det daglige ansvaret for virksomheten.” Denne beskrivelsen samsvarer i stor grad med beskrivelsen av arbeidsgiver i aml der arbeidsgiver er den som leder og fører kontroll med virksomheten. Forskjellen må være at arbeidsgiverbegrepet i arbeidsmiljøloven i utgangspunktet må suppleres av pol § 2 nr. 4 for at arbeidsgiver også skal anses som behandlingsansvarlig for personopplysninger etter personopplysningsloven. I forskriften derimot er det en forutsetning for anvendelsen at ”arbeidsgiver” både er arbeidsgiver etter den definisjonen som følger av aml og behandlingsansvarlig etter pol § 2 nr. 4.

I kommentarene til aml § 9-1²⁷ slås det imidlertid fast at ”på området for kontroll i arbeidslivet vil den behandlingsansvarlige alltid være arbeidsgiver og den registrerte arbeidstaker (..) som er underlagt arbeidsgivers styringsrett”. Det vises i denne forbindelse til ARD 1951 s. 291 som legger dette til grunn. Man må på bakgrunn av dette kunne forutsette et samsvar mellom begrepene når det er tale om kontrolltiltak. For den videre fremstilling vil jeg benytte begrepene arbeidsgiver og arbeidstaker, og forutsette at arbeidsgiver og arbeidstaker er behandlingsansvarlig og registrert når det er tale om behandling av personopplysninger i forbindelse med kontrolltiltak.

Et spørsmål som for øvrig kan tenkes å oppstå er om det kun er arbeidstakere som fortsatt er ansatt i virksomheten som kan utsettes for kontrolltiltak, eller om tidligere arbeidstakere også omfattes. Personopplysningsforskriftens § 9-1, tredje ledd presiserer at reglene om innsyn i e-post og andre elektroniske verktøy gjelder både overfor ”nåværende og tidligere arbeidstakere”.

²⁷ Jakhell og Aune 2005 s. 334

Aml § 9-1 (1) nevner kun ”arbeidstaker”, uten å presisere nærmere om både nåværende og tidligere arbeidstakere omfattes. Hvis man ser arbeidstakerbegrepet i aml § 9-1 i sammenheng med definisjonen i § 1-8 er det imidlertid en forutsetning for anvendelse av reglene at arbeidstaker utfører arbeid i annens tjeneste. Når arbeidsforholdet har opphørt utfører ikke arbeidstaker lenger arbeid i arbeidsgivers tjeneste, og vil ikke lenger omfattes av reglene om kontrolltiltak. Dette taler for at tidligere arbeidstakere ikke omfattes av bestemmelsen. Når det gjelder spørsmålet om arbeidsgivers innsyn i e-post vil derfor tiltaket kunne iverksettes både overfor nåværende og tidligere arbeidstakere. For kontrolltiltak som ikke innebærer behandling av personopplysninger, og hjemles i aml § 9-1 (1), vil trolig kun nåværende arbeidstakere omfattes.

3 Kort om styringsretten med begrensninger

3.1 Generelt

Når det oppstår et arbeidsforhold mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker får arbeidsgiver i kraft av dette en styringsrett overfor arbeidstaker. Arbeidskontrakten, jf. aml § 14-5, fungerer som grunnlaget for arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten innebærer at arbeidsgiver som følge av arbeidsforholdet har en ”rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått”.²⁸ Dette utgangspunktet ble blant annet lagt til grunn i to sentrale Høyesterettsdommer. Først i Nøkk- dommen²⁹ og deretter videreført i Kårstø- dommen.³⁰ Jakhelln definerer også styringsretten som ”arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør, innen de rammer som følger av de arbeidsrettslige regler”.³¹ Styringsretten anses som et

²⁸ Rt. 2000 s. 1602, se s. 1603 (Nøkk- dommen)

²⁹ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk- dommen)

³⁰ Rt. 2001 s. 418 (Kårstø- dommen)

³¹ Jakhelln 2006 s. 24.

grunnleggende prinsipp. Hensynet bak prinsippet er arbeidsgivers behov for blant annet å lede, organisere og kontrollere arbeidstakere i arbeidet for å sikre fremdrift, overholdelse av regler og et tilfredsstillende arbeidsresultat. Som følge av styringsretten kan arbeidsgiver blant annet bestemme at de ansatte kun skal benytte bedriftens datasystemer til jobbrelevante formål.³² Iverksettelse av kontrolltiltak overfor arbeidstaker er en del av styringsretten. Ethvert kontrolltiltak krever et rettslig grunnlag for at de skal kunne gjennomføres. I norsk rett anses styringsretten som rettslig grunnlag for kontrolltiltak, så lenge tiltaket ikke innebærer behandling av personopplysninger.

Særlig i situasjoner der det oppstår mistanke om at arbeidstaker har begått pliktbrudd, illojale handlinger eller liknende vil arbeidsgiver kunne ha et behov for å benytte seg av retten til å iverksette kontrolltiltak. Arbeidsmiljøloven inneholder ingen definisjon av begrepet, men det må i følge Jakhelln kunne legges til grunn at ”det med kontrolltiltak menes ethvert tiltak som skal sikre at arbeidstakere utfører sitt arbeid slik de skal, og for øvrig opptrer innen de rammer som gjelder for arbeidsforholdet”.³³ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven har departementet imidlertid uttalt at den nærmere avgrensningen av begrepet må skje gjennom administrativ praksis og rettspraksis. Sentrale vurderingsmomenter vil være hvor inngripende tiltaket virker og formålet med det.³⁴ Innsyn i arbeidstakers e-post og filer er uten tvil et kontrolltiltak da dette kan oppleves som svært inngripende overfor arbeidstaker.

Styringsretten omfatter, som det følger av definisjonene, flere ulike former for styring, herunder kontrolltiltak. Det er likevel slik at dersom arbeidsgiver ønsker å iverksette kontrolltiltak overfor sine arbeidstakere må han eller hun passe på at denne retten ikke begrenses av reglene som oppstilles i lov og forskrift. De viktigste begrensningene følger av avsnittene nedenfor.

³² Datatilsynet (10.03.08). E-poster og filer: Veiledning om arbeidsgiver innsyn i e-post og filer.

³³ Jakhelln 2006 s. 392

³⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147. (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.).

3.2 Begrensninger i arbeidsgivers styringsrett.

3.2.1 EMK art. 8 som begrensning

Norge er gjennom sine internasjonale avtaler forpliktet til å ivareta den personlige integritet. Et sentralt regelverk er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK). Menneskerettighetskonvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999. Den mest sentrale bestemmelsen i EMK er art. 8. Av denne artikkelen følger at "Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og korrespondanse". Denne bestemmelsen styrkes også av art. 17 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter som sier at "Ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse, eller ulovlige inngrep på ære eller omdømme". I følge forarbeidene til arbeidsmiljøloven, som peker på forholdet til internasjonal rett i forbindelse med kontroll og overvåkning i arbeidslivet, er EMK art. 8 en tolkningsfaktor i forhold til personopplysningsloven. Dette følger av at konvensjonen gjelder direkte som norsk lov, jf. menneskerettsloven av 1999 § 2. Bestemmelsen i EMK art 8 er tolket slik at den også omfatter en persons aktiviteter på arbeidsplassen, jf dom fra EMD av 16. desember 1992, der det ble innfortolket i "privatliv" og "korrespondanse".³⁵ Dette ble videreført i en annen dom fra EMD av 3. april 2007 der det ble stadfestet at e-post og trafikkdata knyttet til bruk av arbeidsgivers utstyr og Internett til personlige forhold er gitt samme beskyttelse etter EMK art. 8 som bruk av tradisjonelle kommunikasjonsformer, for eksempel telefon.³⁶ EMK art. 8 vil dermed være med å begrense arbeidsgivers styringsrett.

3.2.2 Individuell arbeidsavtale og tariffavtaler

Arbeidsgiver og arbeidstaker kan begrense styringsretten gjennom den individuelle arbeidsavtalen som inngås ved arbeidsforholdets begynnelse. Begrensninger kan også fremkomme av arbeidsgiver eller arbeidstakers tariffavtaler, for eksempel i Hovedavtalen

³⁵ NOU 2009:1 s. 153 (Individ og integritet), jf. EMD Niemitz v. Germany.

³⁶ EMD Copland v. The United Kingdom.

mellom LO og NHO.³⁷ Disse begrensningene behandler jeg imidlertid ikke i denne oppgaven siden omfanget ikke tillater det.

3.2.3 Arbeidsmiljølovens § 9-1

Aml kap. 9 hjemler adgangen til iverksettelse av kontrolltiltak, og begrenser styringsretten gjennom å stille opp et krav om saklighet og forholdsmessighet. Selv om disse kravene er kodifisert i kapittelet for kontrolltiltak, gjelder disse også for enhver utøvelse av arbeidsgivers styringsrett. Kravene vil dermed gjelde ved iverksettelse av alt fra organisering av arbeidet til innsyn i e-post mv. Reglene som begrenser adgangen til iverksettelse av kontrolltiltak verner om arbeidstakers integritet på arbeidsplassen. De to kravene ivaretas ved at arbeidsgiver må vise til en saklig grunn for iverksettelsen, og det må foretas en avveining av arbeidsgivers interesser på den ene siden, og arbeidstakers på den andre før tiltaket iverksettes, jf § 9-1 (1).

Det følger indirekte av arbeidsmiljølovens kapittel 9 at arbeidsgiver har en rett til å iverksette kontrolltiltak hvis vilkårene er oppfylt. Men prinsippet om arbeidsgivers styringsrett har fortsatt betydning som tolkningsmoment sammen med de lovfestede og ulovfestede prinsipper om arbeidstakers personvern ved vurderingen av om kontrolltiltaket kan iverksettes³⁸. Styringsretten på sin side taler for at arbeidsgiver skal ha en viss adgang til å kontrollere arbeidstaker. Hensynet til vern av arbeidstakers personopplysninger og retten til privatliv taler i motsatt retning.

³⁷ Jf. Hovedavtalen LO/NHO 2010-2013. Tilleggsavtale V "Avtale om kontrolltiltak i bedriften" bestemmer blant annet at arbeidsgiver ikke kan utføre kontroll mot bestemte personer. Kontrolltiltaket må omfatte alle ansatte eller grupper av ansatte. "Alle ansatte eller grupper av ansatte skal stilles likt i forhold til den kontroll som gjennomføres i henhold til pkt. 1.", se pkt. 2.

³⁸ Borgerud, Ingeborg Moen. Kommentarer til arbeidsmiljøloven. Rettsdata (online), note 255.

3.2.4 Personopplysningsloven

Reglene om vern av personopplysninger er en viktig begrensning for arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger i forbindelse med kontrolltiltak. I følge formålsbestemmelsen i pol § 1 skal reglene beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger. Reglene i loven skal også bidra til at personopplysninger blir behandlet i samsvar med grunnleggende personvern hensyn. I denne formuleringen ligger behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysninger, jf. pol § 1 annet ledd. Personopplysningslovens begrensninger av styringsretten bygger på viktige nasjonale og internasjonale personvernprinsipper.³⁹ Det er en forutsetning for personopplysningslovens anvendelse at det dreier seg om behandling av personopplysninger, og loven begrenser styringsretten kun i disse tilfellene.

Grunnkravene for behandling av personopplysninger følger av pol § 11, jf §§ 8 og 9. Vilåårene i disse bestemmelsene må være oppfylt for at arbeidsgiver i det hele tatt skal ha lovlig adgang til å behandle personopplysninger. Pol § 8 gjelder behandling av alle personopplysninger og pol § 9 gjelder behandling av sensitive personopplysninger. Grunnkravene for behandling av personopplysninger får betydning for arbeidsgivers utøvelse av styringsretten. Dette innebærer at arbeidsgiver ikke kan gjennomføre kontrolltiltak som medfører behandling av personopplysninger når vilåårene ikke er oppfylt. Personopplysningsloven setter grenser både for innhenting av opplysninger og videre bruk av opplysningene. Når et kontrolltiltak innebærer behandling av personopplysninger må derfor arbeidsgiver ha hjemmel i personopplysningsloven for å utøve styringsretten.

3.2.5 Personopplysningsforskriften

I likhet med arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven begrenser pof kap 9 arbeidsgivers styringsrett gjennom å oppstille konkrete vilkår for arbeidsgivers rett til

³⁹ Jf. EUs personverndirektiv (1995/46/EF) og EMK art. 8

innsyn i arbeidstakers e-post mv. Dette gjøres ved at arbeidsgiver ikke får full rådighet over og tilgang til elektroniske dokumenter og filer som er tilknyttet virksomheten, når disse befinner seg på områder av serveren som kun arbeidstaker disponerer. Spørsmålet om arbeidsgiver kan kreve innsyn i arbeidstakers e-post er nærmere regulert i personopplysningsforskriften § 9-2 a og b, se kap 5. Disse vilkårene er uttømmende og arbeidsgiver kan ikke få innsyn i e-post dersom disse vilkårene ikke er oppfylt.

4 Generelle vilkår for iverksettelse av kontrolltiltak

4.1 Generelle vilkår i arbeidsmiljølovens § 9-1

Som jeg var inne på i punkt 2.1 må vilkårene i § 9-1 være oppfylt for at det skal være adgang til å iverksette kontrolltiltak. Bestemmelsen får en selvstendig betydning selv om det er tale om kontrolltiltak som innebærer behandling av personopplysninger, som ved innsyn i e-post, idet ethvert kontrolltiltak må være saklig og forholdsmessig. Etter ordlyden i aml § 9-1 (1) kan arbeidsgiver bare iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har ” saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”. I denne forbindelse må arbeidsgiver kunne utvise en grad av skjønn. Kontrollen kan medføre en viss ulempe, men den må ikke være krenkende eller uforholdsmessig i forhold til målet.⁴⁰ Det enkelte kontrolltiltaket må være egnet til og nødvendig for å gjennomføre formålet, og saklighets- og forholdsmessighetskravet må være oppfylt til enhver tid når kontrolltiltaket er iverksatt.⁴¹ Om det er adgang til å iverksette kontrolltiltaket avhenger av en konkret vurdering.

⁴⁰ Dege 2009 s. 223.

⁴¹ Jakhell 2006 s. 397.

4.1.1 Saklighetskravet

Saklighetskravet er grunnleggende innenfor arbeidsretten og anses som en rettslig standard. Det skal beskytte arbeidstaker mot ubegrunnede inngrep fra arbeidsgiver. Det stilles to krav i forbindelse med vurderingen om kontrolltiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold. For det første må tiltaket være saklig begrunnet i selve virksomheten. For det andre må det være saklig begrunnet i forhold til den enkelte arbeidstaker tiltaket retter seg mot.⁴² Det første kravet må tolkes slik at tiltaket må være begrunnet i forhold som gjør det nødvendig ut fra virksomheten som sådan. For eksempel vil dette kunne være teknologiske, økonomiske, sikkerhets-, arbeidsmiljø- eller helsemessige forhold. Det samme vil gjelde særlige samfunnshensyn som virksomheten har et medansvar for å ivareta, som sosiale og organisatoriske forhold eller liknende.⁴³ Det følger for øvrig av forarbeidene at ”Kontrolltiltak som ikke er knyttet eksplisitt til virksomhetens behov, men til hensyn som i prinsippet er virksomheten uvedkommende, for eksempel alminnelige samfunnsinteresser, vil ikke ha hjemmel i bestemmelsen”.⁴⁴

Det andre kravet innebærer at det må være saklig å rette tiltaket mot den konkrete arbeidstaker. Dette innebærer at et tiltak som er saklig begrunnet ovenfor én arbeidstaker ikke nødvendigvis vil være det overfor en annen. Det samme vil gjelde for grupper av arbeidstakere. Et eksempel som brukes i forarbeidene er at et flyselskap kan ha saklig grunn til å pålegge flyverne tilfeldig rusmiddeltestning, men det er ikke dermed gitt at det dermed foreligger saklig grunn for testing av kontorpersonalet.⁴⁵ En arbeidsgiver som har saklig grunn til for eksempel å kontrollere mobiltelefonen til én ansatt som følge av en konkret mistanke om samtaler med konkurrerende virksomhet, vil ikke nødvendigvis ha saklig grunn til å foreta samme kontrollen overfor en annen tilfeldig arbeidstaker.

⁴² Jakhelln 2006 s. 331.

⁴³ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 144. (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

⁴⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 144. (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145 (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

For å tilfredsstille kravet til saklighet må tiltaket for øvrig være begrunnet i forhold som vedrører virksomheten, være egnet til å fremme formålet med kontrollen som gjennomføres, og ikke settes i verk vilkårlig overfor arbeidstakerne.⁴⁶ I kravet til saklighet ligger også at behovet for kontroll må være vedvarende. Dersom formålet med eller behovet for tiltaket ikke lenger er tilstede må tiltaket opphøre.⁴⁷

4.1.2 Forholdsmessighetskravet

Det andre hovedkravet gjelder forholdsmessighet. Dette vilkåret legger opp til en proposjonalitetsvurdering der det må foretas en avveining mellom arbeidsgivers interesser og den ulempen kontrolltiltaket medfører for arbeidstaker. Ivaretagelse av arbeidstakers personvern er et viktig element i vurderingen. Generelt kan spørsmålet om kontrolltiltak utformes som et spørsmål om hvor langt arbeidsgivers styringsrett strekker seg i forhold til arbeidstakers personopplysingsvern.⁴⁸ I denne vurderingen skal det tas hensyn til hvor inngripende tiltaket er eller kan bli for den enkelte i tillegg til den generelle respekt for verdighet og privatliv, som også følger av EMK art 8 (retten til respekt for privatliv og familieliv).⁴⁹

Vurderingen av om kontrolltiltaket vil medføre en uforholdsmessig belastning beror i følge forarbeidene på en rekke momenter som tiltakets formål (hvor tungtveiende er bedriftens behov), kontrollens art (enkeltstående kontroll, vedvarende kontroll, hyppighet osv.), hvordan det praktisk skal gjennomføres, hvilke inngrep i arbeidstakers personvern det vil være tale om, om sentrale personvern hensyn er ivaretatt gjennom forsvarlige metoder som sikrer klare testresultater, i hvilken grad arbeidsgiver har sikret begrenset tilgang til de data som fremkommer osv.⁵⁰ Dersom kontrolltiltaket er svært inngripende eller krenkende, er

⁴⁶ NOU 2004:5 s. 413 (Arbeidslivslovutvalget)

⁴⁷ Jakhelln 2005 s. 332.

⁴⁸ Jakhelln 2007 s. 77.

⁴⁹ NOU 2004:5 s. 413 (Arbeidslivslovutvalget)

⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 145 (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

vilkåret om forholdsmessighet bare unntaksvis oppfylt. Derimot skal det mye til for at mindre inngripende kontrolltiltak som tidsregistrering, adgangskontroll eller kontroll ved mistanke om misligheter anses som uforholdsmessige. Ved mistanke om misligheter vil ofte behovet for å iverksette kontrolltiltak være så sterkt at hensynet til personvern ikke anses for å være til hinder for iverksettelsen.

Saklighetskravet får betydning for avveiningen vedrørende proporsjonalitet. De momentene som er av betydning for saklighetskravet blir en del av avveiningen av om tiltaket kan anses for å være forholdsmessig.⁵¹ Jo viktigere det er for virksomheten å få iverksatt et kontrolltiltak, jo tyngre vil hensynet til virksomheten veie i forholdsmessighetsvurderingen.

Et spørsmål er hvordan saklighets- og forholdsmessighetskravet vil slå ut i de tilfeller kontrolltiltaket innebærer behandling av personopplysninger. For eksempel dersom arbeidsgiver ønsker innsyn i e-post eller datalogger på bakgrunn av mistanke om misligheter. Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor må mistanke om misligheter kunne regnes som saklig grunn. I forholdsmessighetsvurderingen vil også det forhold at det er mistanke om misligheter veie tungt i favør av arbeidsgiver, idet han eller hun vil ha et behov for å ivareta virksomhetens interesser gjennom kontrolltiltaket. Innsyn i en arbeidstakers e-post er imidlertid et inngripende tiltak overfor arbeidstaker, og vil kunne oppfattes som krenkende. Likevel skal det som nevnt mye til for at kontrolltiltak ved mistanke om misligheter anses som uforholdsmessige, og hensynet til personvernet vil som regel ikke hindre iverksettelsen.

4.2 Rettspraksis i forbindelse med mistanke om misligheter

Et sentralt spørsmål i denne oppgaven er om saklighets- og forholdsmessighetskravet er oppfylt hvis det er tale om mistanke om misligheter. Jeg har valgt å trekke frem noen eksempler fra rettspraksis nedenfor. Det er imidlertid sparsomt med rettspraksis fra

⁵¹ NOU 2004:5 s. 433 (Arbeidslivslovutvalget)

Høyesterett som konkret omhandler retten til å iverksette kontrolltiltak.⁵² Ikke alle avgjørelsene nedenfor drøfter kontrolltiltakets rettmessighet direkte. Men avgjørelser om opphør av arbeidsforhold vil også i noen tilfeller kunne være veiledende for spørsmålet om domstolene anser et kontrolltiltak for å være rettmessig. I de sakene retten tar stilling til kontrolltiltakets rettmessighet, er noen av vurderingene hjemlet i pol § 8 bokstav f. Disse avgjørelsene er relevante her som følge av at avveiningen i pol § 8 bokstav f tilsvarer den som foretas etter aml § 9-1.⁵³ Momentene i avveiningen om saklighets- og forholdsmessighetskravet er oppfylt, er for øvrig de samme enten det er tale om eksempelvis kontroll av kjøretøy eller e-post.

I en sak fra Høyesterett, såkalt Nedlasting av musikkfiler- saken,⁵⁴ tok en bedrifts IT-sjef utskrift av en datalogg som inneholdt opplysninger om den interne internettbruket i bedriften. Bakgrunnen for kontrollen var en uvanlig treghet i systemet. Som følge av undersøkelsene fant IT-sjefen ut at en PC hadde 541 lagrede musikkfiler på disken, og en annen PC hadde ca. 1000 lagrede musikkfiler. Det viste seg at det var en driftskonsulent som stod for nedlastingen. Bruken til driftskonsulentens private formål hadde ført til forsinkelse og problemer for andre brukere i bedriften. Høyesterett slo fast at driftskonsulentens omfattende misbruk var et alvorlig brudd på arbeidsreglement, instruks og lojalitetsplikt. Utskriften fra arbeidstakers område på PC-en ble i utgangspunktet tatt som en del av administrasjon av systemet, og det ble uttalt at handlemåten måtte sees i lys av praksis i bedriften. Hensynet til personvernet, som er et moment i forholdsmessighetsvurderingen, var dermed ikke krenket i denne saken. Undersøkelsene av dataloggene ble akseptert i dette konkrete tilfellet. Driftskonsulenten ble som følge av forholdet sagt opp. Høyesterett fant det ikke nødvendig å drøfte rettmessigheten av

⁵² NOU 2004:5 s. 417 (Arbeidslivslovutvalget)

⁵³ I Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146 har departementet uttalt at kravet om saklig grunn normalt vil føre til at ”personopplysningslovens vilkår om berettiget interesse vil være oppfylt, mens vilkåret om forholdsmessighet/proporsjonalitet i alminnelighet vil innebære at kravet om at hensynet til arbeidstakerens personvern ikke må overstige arbeidsgivers berettigede interesse ikke vil være krenket.”

⁵⁴ Rt. 2001 s. 1589

kontrolltiltak i situasjoner der det oppstår mistanke om misligheter. Hovedspørsmålet var om det var adgang til å si opp driftskonsulenten. Det er likevel nærliggende å tro at tiltaket ville blitt ansett som rettmessig dersom Høyesterett hadde tatt stilling til spørsmålet, da omstendighetene i dommen ga grunnlag for oppsigelse. Saklighetskravet i forbindelse med oppsigelse (som bygger på et tilsvarende utgangspunkt som ved kontrolltiltak) ble ansett som oppfylt, og i en forholdsmessighetsvurdering vil illojalitet og grovere pliktbrudd veie tungt i arbeidsgivers favør. Avgjørelsen slår fast at denne typen misbruk av datasystemet er et alvorlig brudd på arbeidsreglementet som gir saklig grunn til oppsigelse. Den kan derfor etter min oppfatning gi en indikasjon på hva som kan anses som saklig og forholdsmessig grunn i forbindelse med kontrolltiltak ved mistanke om misligheter.

I en annen sak fra Rt. 2005 s. 518 (Nedlasting av pornografisk materiale) hadde ansatte på Ekofiskfeltet misbrukt selskapets datautstyr til å søke på og laste ned pornografisk materiale. Førstvoterende uttalte i denne saken at så lenge ”de undersøkelser som foretas har som formål å avdekke ansattes nedlasting av filer med pornografisk materiale i klar strid med bedriftens regler ut fra en saklig begrunnet oppfatning om at slik aktivitet utgjør en reell sikkerhetsrisiko, kan jeg vanskelig se at dette skulle være i strid med de nevnte reglene i personopplysningslov med forskrift”.⁵⁵ Avgjørelsen viser til reglene i personopplysningslovens § 8 bokstav f, men som nevnt vil den også være relevant for avveiningen i aml § 9-1. Brudd på bedriftens regler førte i denne saken til at kontrolltiltak kunne iverksettes. Datatilsynet hadde et par år i forveien vurdert undersøkelser, og kom til at det var en klar adgang til å søke generelt i systemet og filer når filene var så tydelig definert som ulovlig. Som det følger av sammenhengen er aktiviteter som utgjør reell sikkerhetsrisiko ansett som saklig grunn for å iverksette kontrolltiltak. Høyesterett anså regelbruddet i seg selv som et mulig grunnlag for avskjed, men manglende advarsler og oppfølging førte til at verken avskjed eller oppsigelse ble ansett for å være rettmessig.

⁵⁵ Se Rt. 2005 s. 518 avsnitt 58.

Også i Rt. 2002 s. 1500 (Kontroll av e-post), som ble avsagt før det fantes særskilte regler for innsyn i e-post, var spørsmålet blant annet om arbeidsgivers innsyn i e-post ved konkret mistanke om misligheter (kontakt med konkurrerende virksomhet før opphør av arbeidsforholdet) måtte anses for å være uforholdsmessig belastende for arbeidstaker. Arbeidstakers illojalitet ble holdt opp mot arbeidsgivers behov for innsyn i e-post og Høyesterett kom til at tiltaket måtte anses som forholdsmessig. Arbeidsgivers interesse for innsyn i e-post veide altså tyngre enn arbeidstakers personvern i denne saken. Arbeidsgiver fikk medhold i saken. Denne saken ble også avgjort etter pol § 8 bokstav f, men bygger på tilsvarende vurdering som aml § 9-1.

I en nyere lagmannsrettsdom fra 2007⁵⁶ der en arbeidsgiver iverksatte hemmelig spaning med fotografering av arbeidstaker utenfor hans bolig på grunnlag av mistanke om underslag av varer fra arbeidsplassen, anså flertallet den gjennomførte kontroll lovlig etter arbeidsmiljøloven § 9-1. ”Det er åpenbart og heller ikke omtvistet at arbeidsgiver har saklig grunn til å iverksette tiltak for å forhindre og eventuelt avdekke straffbare forhold fra arbeidstakers side i tjenesten”. I forbindelse med forholdsmessighetskravet ved mistanke om misligheter uttales det at ”Lagmannsretten vil fremheve at kontrollen ikke skal innebære « en uforholdsmessig belastning » for arbeidstaker, og at tiltaket ikke kan gjennomføres dersom formålet kan oppnås ved mindre inngripende tiltak.” Det uttales for øvrig at hensynet til arbeidstaker veier tyngre desto mer inngripende kontrolltiltak det er snakk om, særlig hvor det gjelder tiltak som impliserer inngrep i private forhold. Personvernens hensynet gjelder i følge retten også kontrolltiltak ved konkret mistanke om misligheter, selv om det er anerkjent at arbeidsgivers adgang til kontroll går noe lenger i slike tilfelle. Allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet, og den forsvarlige tålegrense for arbeidstaker utgjør en grense for arbeidsgivers kontrolladgang. Vurderingen av om kontrollen vil medføre en uforholdsmessig belastning beror på flere momenter. Det er av betydning hvor tungtveiende bedriftens behov er, tiltakets formål sammenholdt med

⁵⁶ RG 2007 s. 855

kontrollens art, og om det aktuelle formål kan ivaretas på en mindre belastende alternativ måte.

De nevnte avgjørelsene og forarbeidene indikerer at adgangen til kontrolltiltak utvides ved begrunnet mistanke om misligheter. Ikke alle avgjørelsene gir like klart uttrykk for rettmessigheten av selve kontrolltiltaket, men kan antas å trekke opp noen generelle retningslinjer. Det ser ut til at domstolene oppstiller et krav om at mistanken må være konkret, og at behovet for kontroll ved mistanke om straffbare forhold ofte veier tyngre enn personverninteresser i denne sammenheng. Men også andre former for misligheter kan veie tyngre, særlig der mislighetene innebærer en sikkerhetsrisiko eller betydelig ulempe for andre arbeidstakere. Det presiseres imidlertid i forarbeidene at spørsmålet om adgangen til kontrolltiltak utvides ved mistanke om misligheter ikke er fullt ut avklart i norsk rett.⁵⁷ Foreløpig har jeg ikke kjennskap til noen avgjørelse fra Høyesterett som avklarer akkurat dette spørsmålet.

Hittil i dette kapittelet har jeg sett på de rent arbeidsrettslige reglene for kontroll ved mistanke om misligheter. Når arbeidsgiver ønsker å iverksette et kontrolltiltak som innebærer behandling av personopplysninger vil også personopplysningsloven med forskrift få betydning for om det foreligger en slik rett. I pkt. 4.3 følger derfor en fremstilling av personopplysningslovens regler for behandling av personopplysninger ved kontrolltiltak, og betydningen av de særlige reglene for innsyn i e-post mv. i pof kap. 9 i forbindelse med dette.

4.3 Personopplysningslovens regler om behandling av personopplysninger

4.3.1 Generelle vilkår i personopplysningslovens § 11, jf. §§ 8 og 9

Personopplysningslovens vilkår for behandling av personopplysninger gjelder generelt for arbeidsgivers bruk av personopplysninger ved kontrollformål når behandlingen faller

⁵⁷ NOU 2004:5 s. 430. (Arbeidslivslovutvalget)

utenfor virkeområdet i pof § 9-1. Dette innebærer at personopplyvningsloven gjelder når arbeidsgiver ønsker å benytte opplysninger om arbeidstaker som finnes andre steder enn i arbeidstakers e-post mv. I slike tilfeller gjelder reglene i loven fullt ut.

Når personopplyvningsloven kommer til anvendelse utenfor de tilfellene pof § 9-1 angir, oppstilles det tre grunnkrav som alltid må følges for at behandling av personopplysninger skal være lovlig. Kravene gjelder fullt ut i tilfeller som faller utenfor pof kap 9, og delvis når de særlige reglene i forskriften kommer til anvendelse. For det første må det være et rettslig grunnlag for behandling av personopplysningene, se pol §§ 8 og 9. For det andre må det være fastsatt et formål for behandling av personopplysningene, se § 11 første ledd bokstavene b og c. Og for det tredje må personopplysningene tilfredsstillende visse grunnleggende krav til kvalitet, se § 11 første ledd, bokstavene d og e, jf §§ 14 første ledd og § 27. Kravene til kvalitet går jeg ikke videre inn på.

Pol § 11 bokstav a oppstiller kravet til rettslig grunnlag.⁵⁸ Den behandlingsansvarlige skal sørge for at personopplysningene som behandles bare behandles når dette er tillatt etter § 8 og § 9. Pol § 8 angir tre ulike grunnlag for behandling av personopplysninger. Det første er krav til lovhjemmel. Det andre grunnlaget er samtykke fra registrerte, det vil i denne sammenheng si arbeidstaker. Det tredje grunnlaget er at behandlingen må oppfylle en av nødvendighetsgrunnene som oppstilles i bokstav a til f. Utgangspunktet i pol § 8 er at all behandling av personopplysninger er forbudt, med mindre et av disse grunnlagene foreligger.

Lovhjemmel og samtykke vil neppe gi grunnlag for behandling av personopplysninger i forbindelse med kontrolltiltak ved mistanke om misligheter. På nåværende tidspunkt finnes det, så vidt jeg vet, ingen klar lovhjemmel som gir en slik rett. Samtykke vil ikke tilfredsstillende kravet til frivillighet i pol § 2 bokstav 7 i disse tilfellene. Dersom en arbeidstaker er mistenkt for å ha begått misligheter vil et samtykke mest sannsynlig gis som

⁵⁸ Pol § 11 bokstav a har ingen materiell betydning. Det er kun en bestemmelse som forklarer hvorledes sammenhengen mellom de sentrale bestemmelsene er.

følge av at han eller hun føler seg presset til det. Hvis arbeidstaker ikke samtykker vil det gjerne oppfattes som en bekreftelse på at handlinger er foretatt. Av denne grunn går jeg ikke nærmere inn på disse to alternativene.

Der det ikke er grunnlag for behandling som følge av lovhjemmel eller samtykke vil det måtte avgjøres om det er adgang til behandling etter § 8 bokstav a til f. Et fellestrekk for vilkårene i bokstav a til f er at ”behandling av personopplysninger bare er tillatt i den utstrekning behandlingen er nødvendig for å vareta nærmere definerte interesser.

Vilkårene, som til dels inneholder skjønnsmessige begreper, krever en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.”⁵⁹

Dersom det oppstår mistanke om misligheter er det etter min mening to grunnlag som er mer aktuelle enn de andre, og som jeg her avgrenser drøftingen til. Under slike omstendigheter vil § 8 bokstav a være et mulig grunnlag for behandling av personopplysninger i forbindelse med kontrolltiltak. Det følger av bestemmelsen at personopplysninger kan behandles når det er nødvendig for å oppfylle en avtale med den registrerte (arbeidstaker). Avtalen i denne sammenheng vil kunne være arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Avtalen i seg selv trenger ikke gå ut på behandling av personopplysninger, men behandling av opplysninger om arbeidstaker må være nødvendig for å oppfylle avtalen.⁶⁰ For at dette alternativet skal få betydning for kontrolltiltak ved mistanke om misligheter må man trolig forutsette at adgangen til et slikt kontrolltiltak er avtalt gjennom arbeidsavtalen. Dette vil imidlertid bli problematisk i forbindelse med samtykkespørsmålet, da arbeidstaker neppe vil samtykke frivillig. I lovkommentaren uttaler Schartum at nødvendighetskravet i § 8 bokstav a kommer i en særstilling fordi alternativet må sies å inneholde et samtykkeelement.⁶¹ Hvis samtykke er forsøkt innhentet, men nektet må trolig nødvendighetskravet skjerpes. Særlig der viktige personvernspørsmål kan bli berørt. I og med at et samtykke ikke anses som et tilstrekkelig behandlingsgrunnlag ved

⁵⁹ Ot.prp.nr.92 (1998-1999) s. 108 (Om lov om behandling av personopplysninger)

⁶⁰ Wiik Johansen 2001 s. 100

⁶¹ Schartum. Kommentarer til personopplysningsloven. Rettsdata (online), note 33.

mistanke om misligheter fra arbeidstaker side, vil kravet til nødvendighet skjerpes. Behandling i slike tilfeller vil dermed kreve tungtveiende grunner fra arbeidsgivers side. Hvis det ikke er nødvendig grunn for å oppfylle avtalen blir konsekvensen at avtalen ikke kan oppfylles.

Pol § 8 bokstav f vil være et alternativt grunnlag ved spørsmålet om arbeidsgiver kan behandle disse personopplysninger som fremkommer av iverksatt kontrolltiltak i forbindelse med mistanken. Alternativet i bokstav f betegnes gjerne som en ”sekkebestemmelse” idet den fanger opp forhold der det vil kunne være behov for å behandle personopplysninger, men situasjonen ikke fanges opp av de andre alternativene. Ordlyden i bestemmelsen fastslår at det skal foretas en avveining der arbeidsgivers interesse i behandling av opplysningene må være berettiget og hensynet til arbeidstakers personvern ikke må veie tyngre enn denne interessen. Både fordeler og ulemper skal tas i betraktning på begge sider. Generelt må hensynet til privatlivets fred tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser.⁶² Som jeg har beskrevet ovenfor i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen i aml § 9-1 vil avveiningen bli noe annerledes der det er tale om mistanke om misligheter. Arbeidsgivers interesser vil ofte veie tyngre i slike situasjoner, og dermed åpne for adgang til behandling av personopplysninger. Men det må foretas en konkret vurdering. I nødvendighetskravet ligger også at dersom det er adgang til å bruke andre og mindre inngripende metoder for å ivareta arbeidsgivers interesser, så skal disse benyttes. Jeg går ikke ytterligere inn på vurderingene etter § 8 bokstaver a og f, da bestemmelsen gjelder for tilfeller utenfor pof § 9-1.

Pol § 9 gjelder behandling av sensitive personopplysninger, jf pol § 2 nr. 8. Behandling av sensitive personopplysninger krever for øvrig konsesjon fra Datatilsynet, med mindre de er gitt uoppfordret, jf pol § 33 første ledd. I forbindelse med kontrolltiltak, som er temaet for

⁶² Ot.prp.nr.92 (1998-1999) s. 109 (Om lov om behandling av personopplysninger)

oppgaven her, vil imidlertid behandling av sensitive personopplysninger normalt ikke være aktuelt. Av denne grunn går jeg ikke videre inn på dette.

Etter § 11 bokstaver b og c kan opplysningene bare brukes til uttrykkelig angitte formål som er saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet, og de kan ikke senere brukes til formål som er uforenlig med det opprinnelige formålet med innsamlingen hvis samtykke ikke foreligger. Etter bokstav b må formålet fastsettes på forhånd, og det fastsatte formålet setter grenser for videre bruk av opplysningene.⁶³ Bestemmelsen innebærer at det er forbudt å behandle personopplysninger uten et uttrykkelig fastsatt formål.⁶⁴ Med ”formål” menes hva behandlingsansvarlig skal bruke opplysningene til.⁶⁵ Spørsmålet i forbindelse med bokstav c er om opplysninger som er samlet inn for ett formål også kan brukes for eksempel til kontroll når dette ikke er angitt som formål. Utgangspunktet er at de opplysninger som er samlet inn er bundet til det opprinnelige formålet, men det kan endres dersom det nye formålet ikke er uforenlig med det opprinnelige. Ligger det nye formålet innenfor den registrertes rimelige forventninger om hva det brukes til er det som regel ikke uforenlig.⁶⁶ Samles personopplysninger inn til bruk til fordel for arbeidstaker, vil bruk til arbeidstakers ulempe ikke være i samsvar med det opprinnelige formålet. Dette vil hindre arbeidsgiver i å benytte personopplysninger til kontrolltiltak til ulempe for arbeidstaker, hvis opplysningene er samlet inn i forbindelse med for eksempel administrering av datasystemet for å gjøre det raskere. Arbeidsgiver kan likevel alltid starte ny behandling for nytt formål etter § 11 bokstav b. Saklighetskravet må være oppfylt og det nye formålet må ha et selvstendig rettslig grunnlag.⁶⁷ Schartum og Bygrave skriver at § 11 bokstav c må sees i sammenheng med §§ 8 og 9, som gir rettslig grunnlag for det opprinnelige formålet.⁶⁸

⁶³ Personvernskolen.no. Kommentarer til personopplysningslovens § 11 b (online), note 226.

⁶⁴ Schartum 2004 s. 137.

⁶⁵ Schartum og Bygrave 2006 s. 177

⁶⁶ Schartum 2004 s. 137

⁶⁷ Schartum 2004 s. 137

⁶⁸ Schartum og Bygrave 2006 s. 178-179

Lovhjemmel er det første rettslige grunnlaget i § 8. Dersom det foreligger lovhemmel eller samtykke for det nye, uforenlige formålet må dette være tilstrekkelig for behandling. Bestemmelsen i § 11 bokstav c kan ikke forstås slik at den begrenser det lovgiver kan vedta, og samtykkealternativet følger av bestemmelsens ordlyd. Schartum og Bygrave skriver imidlertid at § 11 bokstav c kan forstås som et forbud mot å påberope nødvendig grunn for det nye formålet. Det andre rettslige grunnlaget i § 8 er samtykke, og situasjonen her blir den samme som beskrevet ovenfor. For det tredje rettslige grunnlaget, ”nødvendig grunn”, vil også lovhemmel og samtykke gi anledning til å behandle opplysningene for det nye og uforenlige formålet. Dersom det påberopes ny nødvendig grunn vil imidlertid dette ikke være tilstrekkelig for behandling. Dette må forstås som en følge av at det pålegges å innhente samtykke. Samlet sett innebærer dette at opplysninger som er samlet inn for ett bestemt formål, i utgangspunktet ikke kan brukes til et nytt formål som kontrolltiltak senere, med mindre det foreligger samtykke eller lovhemmel. Det kan imidlertid tenkes at samtykke kan bli problematisk her også, hvis kontrolltiltaket er en følge av mistanke om misligheter, jf pol § 2 nr. 7. Etter min oppfatning vil samtykke neppe gi tilstrekkelig rettslig grunnlag for behandling i forbindelse med det nye formålet i slike situasjoner. Jeg går ikke nærmere inn på dette her.

4.3.2 Personopplysningslovens betydning ved innsyn i e-post mv.

Personopplysningsloven vil også komme til anvendelse dersom arbeidsgiver ønsker å benytte personopplysningene som fremkommer ved innsyn i e-post. Et spørsmål er imidlertid om personopplysningsloven kun kommer delvis til anvendelse, som følge av de særlige reglene i personopplysningsforskriftens kap 9.

Reglene i pof § 9-2 må trolig forstås slik at de angir rettslig grunnlag for innsyn i e-post mv. Spørsmålet blir dermed hvilken betydning forskriften får i forhold til de generelle reglene om rettslig grunnlag i loven? Det fremstår som uklart hva forskriftsmyndigheten har ment i denne sammenheng. Et mulig alternativ er at både vilkårene i personopplysningslovens § 8 (eventuelt § 9) og personopplysningsforskriften § 9-2 må være oppfylt. En slik situasjon vil trolig være lite praktisk. For det første vil det neppe gi mening

å kreve at vilkårene i både lov og forskrift skal være oppfylt. Eksempelvis gir pof § 9-2 b grunnlag for innsyn i e-post mv. ved grove brudd på arbeidsrettslige plikter. Det gir liten mening å kreve at også pol § 8 bokstav f skal være oppfylt i slike forhold, hvis arbeidsgiver har hjemmel for innsyn etter dette alternativet i forskriften. For det andre vil et det manglende samtykkegrunnlaget i forskriftens § 9-2 harmonisere dårlig med samtykkegrunnlaget i pol § 8.⁶⁹ Ved en slik motstrid vil loven trolig gå foran forskriften, og den særlige regelen i forskriften vil ikke få noen betydning i realiteten.

Et annet alternativ er at vilkårene i personopplysningsforskriften er ment å delvis erstatte vilkårene i personopplysningsloven. Mye taler for at det siste alternativet har vært hensikten.

For det første er ikke lovhjemmel noe alternativt grunnlag for innsyn etter ordlyden i forskriftens § 9-2, slik som er tilfellet i pol. Det må likevel være slik at dersom det utarbeides en lov som gir en ubetinget rett til innsyn i e-post vil denne måtte gå foran bestemmelsen i forskriften som følge av lex superior- prinsippet. En slik bestemmelse vil også gå foran etter lex specialis- prinsippet, idet den vil regulere spørsmålet om innsyn i e-post særskilt i lov. Det finnes foreløpig ingen slik lovhjemmel. Dette spørsmålet vil derfor ikke ha særlig betydning for spørsmålet om innsyn på nåværende tidspunkt. Men at lovhjemmel ikke er presisert som rettslig grunnlag i forskriften, medfører i realiteten ingen endring i forhold til bestemmelsen i personopplysningsloven.

For det andre kommer samtykkealternativet i en særstilling. Som jeg har nevnt vil samtykke kunne være en tilstrekkelig behandlingsgrunn etter pol § 8. Dette kravet er ikke inntatt i pof kapittel 9. Samtykkealternativet har vært omdiskutert i forbindelse med arbeidsforhold. Siden personopplysningsloven ikke er utarbeidet med tanke på arbeidsforhold er det enkelte deler av loven som ikke passer like godt for slike situasjoner. Pol § 2 nr. 7 forutsetter bl.a. at et samtykke skal være frivillig. Av denne grunn vil et

⁶⁹ For drøftelse av samtykke som grunnlag for innsyn etter pof § 9-2, se neste side.

samtykke som ikke er frivillig, etter ordlyden ikke gi tilstrekkelig grunnlag for behandling av personopplysninger. I NOU 2009:1 er det uttalt at arbeidsgiver alltid har en viss makt over de ansatte gjennom sin styringsrett.⁷⁰ Det vil derfor i en del tilfeller kunne stilles spørsmål ved om samtykke fra arbeidstaker avgis frivillig i arbeidsforhold. Borchgrevink skriver i sin artikkel om e-postforskriften at det i arbeidsforhold vil være asymmetri i maktforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og at man kan stille spørsmålstegn ved om samtykke er frivillig avgitt.⁷¹ Det kan nok i en del tilfeller være vanskelig for arbeidstaker ikke å samtykke hvis arbeidsgiver ønsker innsyn i e-post eller filer, uavhengig av om arbeidstaker har noe å skjule eller ikke. Innsyn i e-post kan for eksempel føles unødvendig og inngripende for den som blir utsatt for det. Men av hensyn til forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vil det kunne være vanskelig for arbeidstaker å ikke samarbeide gjennom å gi et samtykke. Det oppstår dermed tvil om et samtykke faktisk er frivillig i disse tilfellene, og om lovens krav er oppfylt. At det knytter seg slike problemer til samtykkealternativet i arbeidsforhold er mest sannsynlig grunnen til at det ikke er tatt med som et tilstrekkelig grunnlag for innsyn i forskriften, siden forskriften er særlig utarbeidet med tanke på slike forhold.

Problemet med samtykkealternativet settes særlig på spissen i de situasjoner man står ovenfor mistanke om misligheter. I en slik situasjon vil et samtykke fra arbeidstaker sjelden være frivillig. Selv om arbeidstaker samtykker vil det gjerne være en følge av at han eller hun føler seg presset til det, idet manglende samtykke i et slikt tilfelle vil gi indikasjoner på at mislighetene faktisk er begått. Av denne grunn taler hensynet til arbeidstaker for at samtykke ikke vil være et alternativt grunnlag for innsyn etter forskriften.

Et annet sterkt moment som taler for dette standpunktet er pof § 9-5. Denne bestemmelsen gir en preseptorisk regel om at det ikke er adgang til å inngå avtale om arbeidsgivers innsyn i arbeidstakers e-postkasse mv., som fraviker bestemmelsene i forskriftens kap. 9 til ugunst for arbeidstaker. En avtale innebærer en aksept fra arbeidstaker og har klare paralleller til

⁷⁰ NOU 2009:1 s. 150 (Individ og integritet)

⁷¹ Borchgrevink 2009 s. 16-17.

samtykke. Hvis arbeidstaker føler seg presset til å inngå en slik avtale med arbeidsgiver vil dette være en ugunstig situasjon for arbeidstakeren, og følgelig være i strid med pof § 9-5. Dette underbygger oppfatningen om at samtykke ikke godtas som grunnlag for innsyn i e-post.

At pof § 9-2 første ledd bruker begrep ”bare” er også et moment som taler for at forskriftens kapittel 9 ikke åpner for samtykke som mulig grunnlag. Etter ordlyden må bestemmelsen anses som uttømmende og arbeidsgiver kan kun få innsyn etter vilkårene i bokstav a og b.⁷²

Både personopplysningsloven og personopplysningsforskriften oppstiller krav om nødvendig grunn. Dette følger direkte av ordlyden i personopplysningsloven § 8 og personopplysningsforskriften § 9-2 bokstav a. I merknadene til forskriftens § 9-2 uttales det i denne forbindelse at det følger direkte av personopplysningsloven, og er konkretisert i forskriften, at grunnkravet er at innsyn skal være nødvendig for et konkret formål. Pof § 9-2 bokstav a legger dermed opp til en vurdering som har store likhetstrekk med pol § 8 bokstav f. Dette gjør at pof § 9-2 bokstav a dekker vilkåret i lovens § 8 bokstav f, som tidligere er brukt som grunnlag for innsyn i e-post, jf Rt. 2002 s. 1500. I tillegg gir pof § 9-2 bokstav b grunnlag for innsyn ved begrunnet mistanke om bruk av e-postkassen som kan medføre oppsigelse eller avskjed. Dette innebærer en konkretisering av de generelle reglene i personopplysningsloven.

Redegjørelsen ovenfor viser at vilkårene for innsyn i personopplysningsforskriften har visse likhetstrekk med vilkårene for behandling av personopplysninger i personopplysningsloven. Det er likevel klare forskjeller mellom bestemmelsene. Pof kap 9 er, i motsetning til loven, spesielt utarbeidet med tanke på arbeidsforhold. Det ble uttalt i forbindelse med utarbeidelsen av forskriften at forskriftshjemmelen i pol er ment å åpne for en presisering av personopplysningslovens alminnelige krav til behandling av

⁷² Jf. Borchgrevink 2009 pkt. 3.2.

personopplysninger.⁷³ Et formål bak utarbeidelsen av personopplysningsforskriftens kap 9 har derfor vært å gi konkrete regler som passer bedre for arbeidsforhold enn de generelle reglene i personopplysningsloven. Bakgrunnen var blant annet at Datatilsynets praksis har vist at personopplysningslovens alminnelige bestemmelser ikke gir klar nok anvisning på når arbeidsgivere har rett til innsyn i arbeidstakers e-post mv.⁷⁴ At meningen med forskriften har vært å presisere lovens alminnelige regler, og tilpasse dem til arbeidsforhold, er et moment som taler for at forskriftens bestemmelser delvis erstatter loven ved spørsmål om adgang til innsyn i e-post mv.

En bevisst fjerning av samtykkealternativet er et annet moment som taler for at det har vært hensikten å gi erstattende regler for innsyn i e-post mv., idet dette er et alternativ som passer mindre godt i arbeidsforhold. Her ivaretar vilkårene i forskriften det særlige hensynet til arbeidstakers situasjon når arbeidsgiver ønsker innsyn i e-post mv. Disse momentene taler for at forskriftsmyndigheten har ment å erstatte de rettslige grunnlagene i personopplysningslovens § 8 med de som følger av forskriftens § 9-2. Man må etter dette kunne gå ut ifra at vilkårene i forskriften gir tilstrekkelig rettslig grunnlag for innsyn i e-post mv. Der det er tale om behandling av sensitive personopplysninger vil, etter min forståelse, pol § 9 supplere forskriften slik at et av vilkårene i pol § 9 også må være oppfylt for at det skal være adgang til behandling av opplysningene. Se for øvrig bestemmelsen om konsesjonsplikt i § 33.

5 Personopplysningsforskriftens kap 9 – særlige regler for innsyn i e-post og filer

Når arbeidsgiver ønsker innsyn i ansattes e-post, datalogger eller liknende er det personopplysningsforskriftens kap. 9 som oppstiller vilkårene for innsyn, og stiller krav til

⁷³ Ot.prp.nr.71 (2007-2008) s. 6. (Om lov om endringer i personopplysningsloven mv.)

⁷⁴ Ot.prp.nr.71 (2007.2008) s. 5 (Om lov om endringer i personopplysningsloven mv.)

fremgangsmåten. Sentralt i dette kapittelet blir spørsmålet om arbeidsgiver kan kreve innsyn i arbeidstakers e-post ved mistanke om misligheter. Pof § 9-2 oppstiller to mulige rettslige grunnlag for innsyn og jeg vil ta for meg begge grunnlagene i den videre fremstillingen. Før jeg går inn på de enkelte rettslige grunnlagene for innsyn vil jeg gi en redegjørelse for hvilke elementer det kan kreves innsyn i, herunder hva som omfattes av ”e-post mv.” og skillet mellom privat og virksomhetsrelatert e-post.

5.1 Hvilke elementer kan det kreves innsyn i?

Ordlyden i § 9-1 1. ledd fastslår at pof kap 9 gjelder for ”arbeidsgivers rett til innsyn i arbeidstakers e-postkasse mv.” Med e-postkasse menes etter § 9-1 2. ledd, 1. pkt. ”e-postkasse arbeidsgiver har stilt til arbeidstakers disposisjon til bruk i arbeidet ved virksomheten.” Etter § 9-1 annet ledd, annet punktum omfattes også gjennom søking av og innsyn i arbeidstakers personlige område i virksomhetens datanettverk og i andre elektroniske kommunikasjonsmedier eller elektronisk utstyr som arbeidsgiver har stilt til arbeidstakers disposisjon til bruk i arbeidet ved virksomheten. Det er kun tale om elektronisk utstyr som ”arbeidsgiver har stilt til arbeidstakers disposisjon”. Herunder faller datamaskiner, mobiltelefoner, back-up-taper el. så lenge disse tilhører arbeidsgiver. Reglene gjelder også for slettet informasjon, og både nåværende og tidligere arbeidstakere er omfattet. Personopplysningsforskriften gjelder ikke for innsyn i arbeidstakers private utstyr, selv om det fra tid til annen benyttes i arbeidet ved virksomheten. Bestemmelsene gjelder heller ikke for innsyn i opplysninger som er lagret på fellesområder eller e-postkasser som er felles for hele virksomheten. Her vil arbeidsgiver allerede ha tilgang og rett til innsyn uten at særlige vilkår er oppfylt først.⁷⁵

Når det gjelder arbeidstakers e-post oppstår det et spørsmål om hvilke e-poster som omfattes av arbeidsgivers innsynsrett. Bestemmelsen i pof § 9-2 skiller ikke mellom privat og virksomhetsrelatert e-post. Det er likevel fastsatt i rettspraksis og teori at det oppstilles et slikt skille. Før forskriften ble dette blant annet lagt til grunn i Rt. 2002 s. 1500 (Kontroll

⁷⁵ Datatilsynet (05.02.09). Ny forskrift om arbeidsgivers rett til innsyn i ansattes e-post.

av e-post). Det er også lagt til grunn i Datatilsynets retningslinjer.⁷⁶ I NOU 2004:5 uttaler Arbeidstilsynet at "Mens det klare utgangspunkt er at arbeidstakerne har krav på vern mot innsyn fra arbeidsgivers side i privat e-post, er det motsatte tilfellet for virksomhetsrelatert e-post".⁷⁷ I retningslinjene fra Datatilsynet gis det uttrykk for at arbeidsgiver ikke har adgang til innsyn i privat e-post i det han eller hun som hovedregel mangler saklig grunn. Dette saklighetskravet står ikke uttrykkelig i personopplysningsforskriften, men det må innfortolkes i vilkårene i forskriftens § 9-2 bokstav a og b. Jeg kommer tilbake til vilkårene i forskriften i punkt 5.2. Utgangspunktet for det overnevnte saklighetskravet må være at privat e-post ikke angår virksomheten, og at arbeidsgiver av denne grunn ikke har saklig grunn for innsyn i disse e-postene. Det er trolig slik at dette saklighetskravet bygger på det grunnleggende saklighetskravet som blant annet følger av aml § 9-1, da dette også innebærer at arbeidsgiver må ha saklig grunn i virksomhetens forhold.

For virksomhetsrelatert e-post er utgangspunktet at arbeidsgiver vil ha saklig grunn for innsyn. Dette innebærer at interesseavveiningen i forhold til for eksempel § 8 f (eller pof § 9-2 bokstav a) kun i unntakstilfelle vil slå ut i disfavør av arbeidsgiver når det gjelder virksomhetsrelatert e-post.⁷⁸ Arbeidslivslovutvalget nevner ikke forskriften i forarbeidene siden denne ikke eksisterte på daværende tidspunkt, men det må antas at det samme vil gjelde for forskriften.

Hovedregelen er at altså at arbeidsgiver kun kan kreve innsyn i virksomhetsrelatert e-post. Men det er ikke alltid like lett å fastslå hvor grensen skal trekkes for hva som er privat og hva som er virksomhetsrelatert e-post. Datatilsynet uttaler at e-postadresser av typen postkasse@virksomheten.no og salgsavdelingen@virksomheten.no fremstår som klart virksomhetsrelatert.⁷⁹ Verken avsender eller mottaker vil ha en berettiget forventning om at e-poster som sendes til denne typen adresser skal behandles som privat e-post. Det er

⁷⁶ Datatilsynet (10.03.08). E-poster og filer: Veiledning om arbeidsgiver innsyn i e-post og filer.

⁷⁷ NOU 2004:5 s. 437 (Arbeidslivslovutvalget)

⁷⁸ NOU 2004:5 s. 437 (Arbeidslivslovutvalget)

⁷⁹ Datatilsynet (10.03.08). E-poster og filer: Veiledning om arbeidsgiver innsyn i e-post og filer.

imidlertid mindre klart om e-poster som sendes til adresser som ola.nordmann@virksomheten.no skal behandles som virksomhetsrelatert eller privat. Når arbeidstakere logger inn med private brukernavn og passord har de gjerne en berettiget forventning om at innholdet ikke kan leses av andre enn dem selv, og innboksen kan derfor inneholde privat e-post. I slike situasjoner kan spørsmålet om innsyn by på særlige problemer. Her bør privat e-post merkes med ”privat” eller ”konfidensielt” for å hindre innsyn fra arbeidsgiver. Har derimot arbeidsgiver og arbeidstaker inngått en avtale om at e-postadressen kun skal brukes til virksomhetsrelatert e-post blir situasjonen antagelig mindre problematisk. Denne typen avtaler kan arbeidsgiver benytte seg av som følge av styringsretten. En avtale av denne typen vil trolig gå klar av pof § 9-5 i det den ikke direkte gjelder arbeidsgivers innsyn i e-post, men begrensning i bruk av datasystemet. I slike tilfeller kan arbeidsgiver kreve innsyn dersom vilkårene i forskriften er oppfylt, og e-postkassen vil da, som følge av avtalen, ikke inneholde privat e-post. På denne måten vil i prinsippet arbeidstaker vernes mot at arbeidsgiver får innsyn i privat e-post dersom vilkårene for innsyn i de virksomhetsrelaterte e-postene, i samme postkasse, er oppfylt. Det er adgang til å avtale bedre vern etter § 9-5, jf. merknadene.

Arbeidsgiver kan også, i kraft av styringsretten, bestemme at arbeidstaker ikke kan benytte helt åpenbart private e-postkasser fra arbeidsgivers system. Eksempler på slike private e-postkasser som er opprettet av arbeidstaker som privatperson er x@hotmail.com eller x@gmail.com. At arbeidsgiver ikke har adgang til en ansatts private e-postkasse følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden i pof § 9-1 andre ledd, da en privat e-postkasse ikke er stilt til arbeidstakers disposisjon ved arbeidet i virksomheten. Denne e-postkasse vil således ikke omfattes av forskriften.

For å avgjøre om en e-post er privat eller virksomhetsrelatert må det i følge Datatilsynet foretas en konkret helhetsvurdering av hva som er mest sannsynlig ut fra ytre kjennetegn.⁸⁰ Momenter i vurderingen er om e-posten er merket ”privat”, hvem som er avsender eller

⁸⁰ Datatilsynet (10.03.2008). E-poster og filer: Veiledning om arbeidsgiver innsyn i e-post og filer.

mottaker og hva som står oppført som tittel. Den ansattes påstand om at opplysningene er private skal vektlegges i vurderingen, men er ikke nødvendigvis avgjørende. Dersom filen er merket med privat i tråd med intern instruks skal dette også tillegges vekt. Den konkrete situasjonen vil ha betydning i forhold til vektleggingen av momentene.

I en helt ny sak har Datatilsynet kommet med en klar konklusjon om arbeidsgivers mulige rett til å åpne filer, meldinger og vedlegg som stammer fra private e-postkasser som Gmail og Hotmail.⁸¹ Åpning av slike filer fra arbeidstakernes private e-postkonti er, etter tilsynets mening, et klart brudd på personopplysningsforskriften. Et sentralt moment som trekkes frem er at det i den konkrete sak ikke foreligger klar lovhjemmel for slikt innsyn, jf. EMK art. 8 nr 2.

Selv om hovedregelen er at det ikke kan kreves innsyn i privat e-post kan det tenkes å oppstå situasjoner der arbeidsgiver har behov for innsyn også i privat e-post. For eksempel i situasjoner der arbeidsgiver mistenker en ansatt for å benytte datasystemet i virksomheten til illojal oppførsel, brudd på interne regler eller instruks eller kanskje også begå straffbare forhold. Arbeidsgiver er ansvarlig for at datasystemet ikke brukes til ulovlig virksomhet⁸². Hvis det oppstår mistanke om at straffbare forhold anbefaler Datatilsynet at saken anmeldes til politiet. Dersom arbeidsgiver foretar innsyn er det fare for å ødelegge bevis i en eventuell straffesak, og det må utvises forsiktighet fra arbeidsgivers side. Det er dermed nærliggende å gå ut ifra at arbeidsgiver ikke vil kunne kreve innsyn i privat e-post mv. ved straffbare handlinger, da dette er en sak for politiet.

Mistanke om de overnevnte situasjoner, som ikke gjelder straffbare, men illojale forhold som er av betydning for virksomheten kan også være rettet mot e-poster og filer som karakteriseres som private. Arbeidsgiver kan i slike situasjoner ha interesse i å få innsyn. Hvis det er ønske om innsyn i slike tilfeller må det foretas en konkret vurdering av om arbeidsgivers interesser veier tyngre enn arbeidstakers personvern. Momenter av betydning

⁸¹ Datatilsynet (2010). Vedtak. Varslet innsyn i elektroniske dokumenter.

⁸² Datatilsynet (10.03.2008). E-poster og filer: Veiledning om arbeidsgiver innsyn i e-post og filer.

vil i følge Datatilsynet være hva mistanken gjelder, graden av alvorlighet, grunnlaget for mistanken m.m. Det sentrale her må trolig være om noen av vilkårene i pof § 9-2 kan anses som oppfylt sett i sammenheng med momentene over. Utgangspunktet er likevel at det ikke kan kreves innsyn i privat e-post og det må nok tungtveiende grunner til for at slikt innsyn skal tillates, hvis det åpnes for en slik adgang. Det er vanskelig å gi noe klart svar på om det er adgang til innsyn i privat e-post i slike tilfeller. Spørsmålet må mest sannsynlig vurderes særskilt ut fra de omstendigheter som foreligger i den enkelte sak.

5.2 Rettslig grunnlag for innsyn i e-post og filer

Vilkår for innsyn i e-post mv. følger av pof § 9-2. Etter denne bestemmelsen har arbeidsgiver rett til å gjennomføre, åpne eller lese e-post i arbeidstakers e-postkasse når det er ”nødvendig for å ivareta den daglige driften eller andre berettigede interesser ved virksomheten”, jf bokstav a, eller ”ved begrunnet mistanke om at arbeidstakers bruk av e-postkassen medfører grovt brudd på de plikter som følger av arbeidsforholdet, eller kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed”, jf bokstav b. Innledningsvis kan det være greit å fastslå at forskriften ikke gir rettslig grunnlag for kontinuerlig overvåkning av arbeidstakers bruk av elektronisk kommunikasjonsutstyr. Etter pof § 9-2 annet ledd kan arbeidsgiver ikke ”overvåke arbeidstakers bruk av elektronisk utstyr”, herunder bruk av Internett, utover det som følger av pof § 7-11 om edb-systemer. Bestemmelsene gjelder kun innsyn i enkeltstående tilfeller for konkrete formål, jf merknadene til forskriften § 9-2.

5.2.1 Når innsyn er nødvendig for å ivareta den daglige drift eller andre berettigede interesser

Etter § 9-2 bokstav a må det foretas en nødvendighetsvurdering som knytter seg til ivaretagelse av daglig drift og berettigede interesser ved virksomheten, jf. merknadene til bestemmelsen. Vurderingen som skal foretas etter pof § 9-2 ligger nær vurderingen den behandlingsansvarlige skal foreta etter pol § 8 bokstav f, jf. merknadene til pof § 9-2. Det må foretas en vurdering av om innsyn er nødvendig for driften av virksomheten. Begrepet ”berettigende interesser” må i følge merknadene anses som en rettslig standard. Det

avgjørende er hva som i alminnelighet anses som legitime hensyn ved en virksomhet. Merknadene til forskriften inneholder noen eksempler på hva som vil være legitime hensyn. Hensyn til virksomhetens forsvarlige, rasjonelle og kommersielle drift nevnes som eksempler. Det kan nok også trekkes paralleller til vurderingene av hva som anses som berettigede interesser i pol § 8 bokstav f og saklig grunn i aml § 9-1. Som nevnt i forbindelse med redegjørelsen for vilkårene i aml § 9-1 (1) kan blant annet teknologiske, økonomiske, sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold kunne utgjøre saklig grunn for kontrolltiltak etter forarbeidene til aml. Som jeg har vært inne på tidligere følger det av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at det forutsettes samsvar mellom vilkårene i aml § 9-1 (1) og pol § 8 bokstav f. Dette må innebære at tilsvarende grunner kan anføres etter pol § 8 bokstav f, og dermed også etter pof § 9-2 bokstav a.

Innsyn i e-post og filer må også være ”nødvendig” for å ivareta den berettigede interessen. I denne nødvendighetsvurderingen ligger avveiningen av arbeidstakers personvern mot arbeidsgivers behov for innsyn. Dette følger av merknadene til forskriftens § 9-2. At det oppstår vanskelige avveininger mellom arbeidstakers personvern og arbeidsgivers legitime behov for innsyn og kontroll er for øvrig presisert av Personvernkommisjonen i forbindelse med kommentarer til arbeidet med å fastsette reglene i pof kap. 9.⁸³ Det kommer imidlertid ikke like klart frem av forskriftbestemmelsen, som i pol § 8 bokstav f. I pol § 8 bokstav f er det tydelig presisert at en slik avveining skal foretas. I forskriften må avveiningen altså innfortolkes i nødvendighetskravet. Ved vurderingen av om nødvendighetskravet er oppfylt etter pol § 8 f skal personverninteresser veie tungt, særlig hvis de veies opp mot kommersielle/økonomiske interesser. Dette må også kunne legges til grunn i vurderingen etter forskriften, idet vurderingen i § 9-2 bokstav a legger opp til et tilsvarende avveining.

Det må foretas en konkret vurdering for å avgjøre om arbeidsgiver har tilstrekkelig behov for å kreve innsyn. Dersom ”ivaretagelse av driften kan oppnås med andre og mindre inngripende midler, vil innsyn i e-postkasse ikke være nødvendig, og således heller ikke

⁸³ NOU 2009:1 s. 22 (Individ og integritet)

tillatt etter forskriften.”, jf merknadene til § 9-2 bokstav a. Dette er et viktig moment i nødvendighetsvurderingen.

Når det oppstår en berettiget mistanke om misligheter vil innsyn i prinsippet kunne foretas etter reglene i dette alternativet. En liknende situasjon eksisterte før forskriften trådte i kraft, da innsyn måtte vurderes etter pol § 8 bokstav f. I forskriften er det imidlertid gitt konkrete regler for slike forhold i § 9-2 bokstav b, og man har dermed mulighet til å hjemle innsyn direkte i ordlyden i alternativ b. I en tingrettsdom fra november 2009,⁸⁴ som dreier seg om innsyn i e-post, ble både alternativet i bokstav a og bokstav b ansett for å gi grunnlag for innsyn. Arbeidstaker hadde her vært i kontakt med konkurrerende virksomhet mens han fortsatt var ansatt. Tingretten kom til at hans illojale opptreden ga grunnlag for innsyn etter forskriftens § 9-2 bokstav b. Men det ble også uttalt at innsyn kunne begrunnes i bokstav a, idet arbeidsgiver vil ha en berettiget interesse ved forfølgelse av et erstatningskrav som følge av illojaliteten

5.2.2 Begrunnet mistanke om grove pliktbrudd eller forhold som kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed

Når det oppstår begrunnet mistanke om misligheter kan pof § 9-2 bokstav b komme til anvendelse. Denne bestemmelsen åpner for innsyn i e-post og filer ved begrunnet mistanke om at bruk av e-postkassen medfører grove brudd på plikter som følger av arbeidsforholdet, eller kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed. Etter ordlyden i bestemmelsen gjelder altså adgangen til innsyn der det er tale om grove brudd på arbeidsrettslige plikter eller dersom det er et forhold som kan medføre oppsigelse eller avskjed. I merknadene til bokstav b står det at ”arbeidsgiver har innsynsrett dersom det foreligger begrunnet mistanke om bruk av e-postkassen som kan gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed”. For de tilfeller der det oppstår mistanke om at arbeidsgivers utstyr benyttes til trakassering eller straffbare forhold, presiseres det at ”handlingen må være så alvorlig at den gir grunnlag for avslutning av arbeidsforholdet” for at arbeidsgiver skal kunne kreve

⁸⁴ Asker og Bærum tingrett 09160051TVI-AHER/1

innsyn på bakgrunn av bestemmelsens bokstav b. Her legger begge alternativer opp til at det må være tale om forhold som fører til avslutning av arbeidsforholdet.

Når man leser forskriftens ordlyd i samsvar med merknadene kommer det etter min mening ikke helt klart frem hvordan alternativene skal tolkes. Et spørsmål er om det forutsettes en oppsigelses- eller avskjedsgrunn for at alternativet ”grovt brudd på de plikter som følger av arbeidsforholdet” skal kunne komme til anvendelse, jf bokstav b. Etter å ha vært i kontakt med Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har jeg blitt informert om at meningen med bestemmelsen er at man vil kunne tenke seg handlinger som ikke nødvendigvis er grove brudd på de arbeidsrettslige pliktene, men som under gitte omstendigheter likevel kan gi grunnlag for opphør av arbeidsforholdet.⁸⁵ Hensikten er imidlertid at handlingen skal være så alvorlig at den gir grunnlag for opphør av arbeidsforholdet for at det skal gi grunnlag for innsyn i e-post etter § 9-2 første ledd bokstav b. Det forutsettes med andre ord at "grovt brudd på de plikter som følger av arbeidsforholdet" innebærer en opphørsgrunn, og dette er utgangspunktet for arbeidsgivers gjennomføringsrett. Alternativet etter komma åpner likevel for innsyn ved forhold som kan være mindre grove og likevel føre til opphør av arbeidsforholdet. Eksempelvis kan det her muligens dreie seg om mindre grove, men illojale handlinger eller handlinger som åpenbart ikke er i arbeidsgivers interesse, som utsendelse av spam.

Alternativet i bokstav b vil kunne gi adgang til innsynsrett der de elektroniske kommunikasjonssystemene blir brukt til både straffbare og ikke straffbare handlinger, jf. merknadene. Eksempler på saker er når det foreligger mistanke om at arbeidstaker bruker arbeidsgivers utstyr til utsendelse av spam eller e-post med skadelig innhold, trakassering av kolleger eller straffbare forhold som nedlasting av barnepornografi eller ulovlig fildeling. Disse eksemplene er nevnt i merknadene til bestemmelsen. Andre aktuelle straffbare handlinger som ikke er ukjente i dagens samfunn er korrupsjon, underslag eller andre lignende forhold. Regelbrudd som medfører risiko for sikkerheten eller

⁸⁵ Ved seniorrådgiver Åste Marie Skullerud, Statsforvaltningsavdelingen.

lojalitetsbrudd vil være eksempler på ikke-straffbare forhold som oppfattes som så grove at de omfattes av bestemmelsen. I den allerede nevnte tingrettsavgjørelsen fra Asker og Bærum tingrett førte, som jeg var inne på, arbeidstakers illojale opptreden til at det var grunnlag for innsyn etter bokstav b.

Jeg har valgt å trekke frem noen eksempler fra rettspraksis hvor ulike former for regelbrudd har ført til opphør av arbeidsforhold. Avgjørelsene er ikke truffet i henhold til forskriften, men kan trolig tjene som eksempler på forhold som kan gi grunnlag for innsyn i e-post etter personopplysningsforskriften § 9-2. Merknadene nevner mistanke om trakassering som et mulig forhold som gir rett til innsyn i e-post dersom det gir grunnlag for opphør av arbeidsforholdet. I Rt. 2002 s. 273 ble en professor avskjediget på bakgrunn av trakassering av kvinnelige ansatte og studenter. Spørsmålet om kontrolltiltak er ikke reist i denne saken, men den får, slik jeg ser det, likevel betydning for oppgaven her som følge av at slik seksuell trakassering kan gi grunnlag for avskjed. En arbeidsgiver vil ved begrunnet mistanke om slike forhold etter forskriften ha hjemmel til å kreve innsyn i arbeidstakers e-post. Dette underbygger i så fall eksempelet i merknadene.

En annen dom som gir eksempel på en situasjon der ansattes forhold gir grunnlag for innsyn i e-post og filer er dommen om nedlasting av musikkfiler, som jeg har nevnt tidligere i oppgaven.⁸⁶ Her kom Høyesterett til at det var adgang til å oppsigelse som følge av at arbeidstakerens omfattende misbruk var et *alvorlig brudd på arbeidsreglement, instruks og lojalitetsplikt*. Det er derfor stor sannsynlighet for at arbeidsgiver i denne sammenheng ville hatt hjemmel for innsyn etter § 9-2 bokstav b i dag.

Også i saken om nedlasting av pornografisk materiale kom Høyesterett til at regelbruddet i seg selv ga grunnlag for avskjed, og kontroll av dataanlegget ble ansatt for å være rettmessig.⁸⁷ Undersøkelsene som ble foretas hadde som formål å avdekke ansattes nedlasting av filer med pornografisk materiale, som var i klar strid med bedriftens regler ut

⁸⁶ Rt. 2001 s. 1589

⁸⁷ Rt. 2005 s. 518

fra en saklig begrunnet oppfatning om at slik aktivitet utgjør en reell sikkerhetsrisiko. Høyesterett har dermed kommet til at dette vil være et tilstrekkelig grunnlag for innsyn i arbeidstakers filer. Det er likevel nok en gang grunn til å påpeke at arbeidstakerne ikke ble avskjediget eller oppsagt i denne saken på grunn av manglende advarsler og oppfølging av regelbruddet underveis.

I forhold til pof § 9-2 bokstav b må altså forholdet innebære et grovt pliktbrudd, og/eller grunnlag for opphør av arbeidsforholdet for at arbeidsgiver skal kunne kreve innsyn. Denne vurderingen kan være utfordrende for arbeidsgiver å foreta på egenhånd. Og arbeidsgiver bør gå varsomt frem. Datatilsynet har mulighet til å ilegge et overtredelsesgebyr på inntil ti ganger grunnbeløpet i folketrygden (10G) for overtredelse av reglene i forskriften.⁸⁸ Det vil derfor trolig være til hjelp å se hen til dommer, som de overnevnte, i tillegg til merknadene for å få en veiledning om hvilke forhold som kan føre til oppsigelse eller avskjed. Står arbeidsgiver overfor et regelbrudd av tilsvarende karakter som i eksemplene ovenfor vil det være grunn til å gå ut ifra at innsyn kan gjennomføres.

For at arbeidsgiver skal ha adgang til innsyn stilles det også krav til mistanken. Etter ordlyden i pof § 9-2 bokstav b skal mistanken være begrunnet. I dette ligger det i følge merknadene at arbeidsgiver må ha mer enn en løselig antakelse. Det må være en ”konkret informasjon som gir grunn til å tro at e-postkassen kan inneholde opplysninger” av den art som er nevnt ovenfor. Som eksempel nevnes tips fra kolleger eller informasjon fremkommet gjennom generell administrasjon av virksomhetens it-systemer. Hensynet bak kravet om en begrunnet mistanke må blant annet være at ikke løse og tilfeldig antagelser kan gi grunnlag for inngrep i personvernet.

I denne forbindelse kan det være grunn til å trekke frem hvordan kravet til mistanken etter reglene om kontrolltiltak har blitt vurdert i rettspraksis i forbindelse med behandling av

⁸⁸ Lov&Data nr. 97 (mars 2009) Borchgrevink

personopplysninger. Avgjørelsene er ikke avgjort i henhold til forskriften, men kan etter min oppfatning være veiledende for vurderingen.

I saken fra Rt. 2002 s. 1500 (Kontroll av e-post) oppstod spørsmålet om arbeidsgivers rett til innsyn i arbeidstakers e-post. Bakgrunnen for kontrollen var at arbeidsgiver hadde fått et tips om at arbeidstaker var i kontakt med annen arbeidsgiver om oppbygging av konkurrerende virksomhet i Norge. Arbeidsgiver følte i den forbindelse behov for å undersøke om det var hold i opplysningene, jf LB-2002-2299. Retten kom til at det forelå adgang til å iver sette tiltaket da begrunnelsen for ønsket om kontroll var mistanke om illojalitet. I og med at mistanken her oppstod som følge av tipset arbeidsgiver fikk, må man anta at avgjørelsen gir en indikasjon på at et slikt tips er tilstrekkelig for at mistanken anses som ”begrunnet”, jf kravet i pof § 9-2 bokstav b.

I Rt. 2001 s. 668 dreiet saken seg om lovligheten av skjult videoovervåkning. Her forelå det konkret mistanke om stort underslag fra en tippekasse som følge av at det forsvant kontanter. Arbeidsgiver hadde satt opp et skjult kamera for å overvåke sine ansatte og kunder i butikken. Retten fant at saklig grunnlag for overvåkningen forelå, da det var konkret mistanke om underslag. De ansatte var kjent med overvåkningen av lokalene, og typen overvåkning ble ikke ansett for å være ekstraordinær, se kjennelsen s. 669.

I lagmannrettskjennelsen RG 2007 s. 855 der arbeidsgiver iverksatte hemmelig spaning med fotografering av arbeidstaker utenfor hans bolig på grunnlag av mistanke om underslag av varer fra arbeidsplassen, kom flertallet til at selv om kontrolltiltaket i seg selv måtte betraktes som et inngrep i arbeidstakers integritet, innebar det ikke en uforholdsmessig belastning for han. Flertallet la vekt på at det forelå et konkret tips om at arbeidstaker urettmessig tilegnet seg varer fra arbeidsgiveren. Var tipset korrekt, var det snakk om et alvorlig forhold som kunne gi grunnlag for umiddelbar avskjed og eventuell straffeforfølgning mot ham. Den mulige tilegnelsen av varer var observert ved at arbeidstaker bar kasser med varer inn i egen bolig. Tiltaket ble for øvrig ansett som særlig velegnet for å avdekke eventuelle misligheter.

Det er liten tvil om at det oppstilles et krav til mistanken i rettspraksis når det gjelder kontrolltiltak. Tilsynelatende brukes det som et moment i vurderingen av arbeidsgivers behov for å iverksette kontrolltiltaket, i det en konkret og/eller velbegrunnet mistanke vil vektlegges i favør av kontrolltiltaket. Motsetningsvis vil sannsynligvis en vag mistanke føre til at kontrolltiltaket ikke anses som rettmessig. Men for adgang til innsyn i e-post og filer er kravet til mistanken nå som nevnt nedfelt i forskriftens § 9-2 bokstav b, og de overnevnte avgjørelser vil derfor kun være belysende, som supplement til merknadene, i forhold til hvilke situasjoner mistanken må anses som begrunnet og innsyn kan iverksettes.

5.3 Begrensninger i bruken for andre formål, jf. pol § 11 bokstav c

Selv om rettslig grunnlag for innsyn i e-post følger av forskriftens § 9-2, begrenser bestemmelsene i pol § 11 bruken av personopplysninger til oppfyllelse av det konkrete formålet, som berettiget innsyn i e-post og filer. Dette betyr at arbeidsgiver ikke kan benytte opplysningene til andre formål enn det som følger av pol § 11, se merknadene til pof § 9-3, siste avsnitt. I følge merknadene skal det mye til for at annen bruk av opplysningene enn oppfølging av innsynsgrunnlaget vil være forenlig med det opprinnelige formålet, se § 11 bokstav c. Av pof § 9-2 følger det to formål, jf. bokstav a og b. Dette må trolig innebære at opplysningene som fremkommer i forbindelse med innsynet bare kan brukes i tråd med de to formålene som følger av bestemmelsen. Bruk til senere formål som er uforenlige med det opprinnelige formålet er det ikke adgang til, med mindre det foreligger samtykke, jf. § 11 bokstav c. Også her kan samtykkealternativet by på problemer. Hvis det er tvilsomt om samtykket er frivillig vil ikke samtykkealternativet gi grunnlag for behandling i forbindelse med det nye formålet. Dette må følge av en språklig forståelse av pol § 2 nr. 7.

6 Krav til fremgangsmåter

6.1.1 Personopplysningsforskriften § 9-3

Dersom arbeidsgiver gjennomfører innsyn etter pof kap 9 er det grunnleggende utgangspunkt at arbeidstaker ”skal så langt som mulig varsles” og gis anledning til å uttale seg på forhånd, jf. pof § 9-3 første ledd. Av forskriftsbestemmelsen fremgår det at varselet skal inneholde en begrunnelse fra arbeidsgiver som belyser hvorfor vilkårene i pof § 9-2 anses å være oppfylt. Utover det skal varselet orientere om arbeidstakers rettigheter etter pof § 9-3. Rettighetene etter denne bestemmelsen er for det første at arbeidstaker så langt som mulig skal ha anledning til å være tilstede under gjennomføringen av innsynet. For det andre har arbeidstaker rett til å la seg bistå av en tillitsvalgt eller en annen representant, jf pof § 9-3 første ledd. Retten til å la seg bistå av en representant er kun en mulighet som arbeidstaker kan benytte seg av hvis det er ønskelig. Arbeidstaker kan derfor velge ikke å være representert dersom han eller hun ikke vil at noen andre skal få innsyn i innholdet i de enkelte e-postene eller filene.

Av bestemmelsens andre ledd følger det at dersom innsyn er foretatt uten forutgående varsel, skal arbeidstaker gis skriftlig underretning om dette så snart innsynet er gjennomført. Underretningen skal inneholde hvorfor vilkårene i pof § 9-2 er oppfylt og orientering om plikter, på samme måte som etter første ledd. I tillegg skal den gi opplysninger om hvilken metode for innsyn som ble benyttet, hvilke e-poster eller andre dokumenter som ble åpnet, samt resultatet av innsynet.

Varslingsbestemmelsen kan betraktes som en viktig regel for arbeidstaker, siden innsyn i e-post og filer som oftest betraktes som et inngripende kontrolltiltak. I RG. 1993 s. 77 kom lagmannsretten til at arbeidsgiver hadde gjort et urettmessig inngrep i arbeidstakers integritet, da han hadde gått inn på arbeidstakers private dataområde i bedriften uten at det var avklart med arbeidstaker at det var adgang til å foreta slik kontroll. Men det er likevel ikke slik at kravet om varsling er absolutt. Etter merknadene til forskriftens § 9-3 innebærer formuleringen i § 9-3 første ledd ”så lang som mulig” at det bør tilstrebes, men at det ikke

er et absolutt krav. Dersom det er adgang til innsyn umiddelbart for eksempel fordi dette er nødvendig for å ivareta den daglige driften, jf pof § 9-2 bokstav a, kan varsel unnlates. Tidsaspektet vil være av betydning her. Hvis arbeidsgiver har tid til å varsle arbeidstaker skal han eller hun gjøre det. Arbeidsgiver må kunne redegjøre for manglende varsling.

I denne forbindelse kan det kanskje trekkes en parallell til drøftelsesplikten i aml § 9-2 (se punkt 6.1.2), siden vilkårene i § 9-1 får betydning for iverksettelsen av kontrolltiltak. Heller ikke i denne bestemmelsen er plikten absolutt. Bestemmelsen betraktes som en ordensforskrift, og kontrolltiltaket anses ikke ulovlig selv om regelen ikke blir fulgt. Manglende informasjon eller drøfting vil imidlertid være et moment i den alminnelige saklighetsvurderingen og kan etter omstendighetene medføre at tiltaket blir ansett for å være urettmessig.⁸⁹ I utgangspunktet er det ikke klare holdepunkter for at dette også vil gjelde etter pof § 9-3, men det kan kanskje tenkes at manglende varsling vil kunne være et moment som i en helhetsvurdering taler for at arbeidsgivers innsyn i e-post og filer kan betraktes som urettmessig. Manglende varsel kan gjøre at et inngripende kontrolltiltak føles desto mer krenkende for arbeidstaker.

Det kan tenkes å oppstå tilfeller der arbeidsgiver ikke ønsker å varsle arbeidstaker av frykt for at arbeidstaker vil endre eller ødelegge bevis. Det vil gjerne være tilfellet der det er mistanke om misligheter. I denne forbindelse anbefales det i merknadene til forskriftsbestemmelsen at det tas en såkalt ”speilkopi” av materialet på de områder i det elektroniske nettverket det er rettslig grunnlag for innsyn i. På denne måten kan man avhjelpe slike situasjoner. En speilkopi sørger for at man får et korrekt øyeblikksbilde av materialet slik det foreligger på det tidspunkt det er ønskelig å foreta en kontroll. Hvis arbeidstaker endrer eller sletter filer etter en slik kopi er tatt, vil dette være mulig for arbeidsgiver å påvise. Det vil også være mulig å se hvilke endringer som eventuelt har skjedd i forbindelse med selve innsynet. På denne måten vil det skape en trygghet for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Både politi og offentligrettslige kontrollorganer benytter

⁸⁹ NOU 2004:5 s. 546 (Arbeidslivslovutvalget) og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 314 (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

speilkopiering i sin etterforskning. Arbeidsgiver kan benytte seg av muligheten til å ta speilkopi dersom han eller hun vurderer situasjonen slik at det foreligger rettslig grunnlag for innsyn. For arbeidsgiver som sørger for at slik speilkopi blir tatt, gjelder reglene for innsyn i e-post også for innsyn i det kopierte materialet.

I visse unntakstilfeller kan arbeidsgiver se bort ifra kravet til varsling. Disse unntakstilfellene oppstiles i pol § 23 bokstav a til f. Blant unntakene er situasjoner der det er påkrevd av hensyn til etterforskning, avsløring og forfølgning av straffbare handlinger, jf. bokstav b. Bestemmelsen gjelder i utgangspunktet ikke for arbeidsgivers egen etterforskning. Ordlyden i bestemmelsen og forarbeidene gir uttrykk for at det gjelder påtalemyndighetens etterforskning og kontroller foretatt av offentlige kontrollorgan, eksempelvis skattemyndighetene, se merknadene til pof § 9-3 tredje avsnitt. Om arbeidsgiver kan unnlate å varsle arbeidstaker dersom det oppstår mistanke om handlinger som gir rettslig grunnlag for innsyn i e-post og filer må avgjøres gjennom en konkret vurdering av situasjonen. For å sikre bevis kommer blant annet muligheten til speilkopiering inn som et moment, idet slik kopi kan tas uten at selve innsynet gjennomføres før arbeidsgiver har varslet arbeidstaker. Tidsmomentet vil sannsynligvis også kunne spille en rolle i denne sammenheng. Dersom det er behov for innsyn umiddelbart vil dette være et moment som taler for at varsling kan unnlates. Hvis det foreligger grunnlag for å unnlate forhåndsvarsel etter pol § 23, er det heller ingen plikt til å varsle i etterkant.

Etter § 9-3 fjerde ledd skal innsynet gjennomføres på en slik måte at dataene så lang som mulig ikke endres, og at frembrakte opplysninger kan etterprøves. En del virksomheter som har spesialisert seg på innsyn i e-post og datafiler benytter av denne grunn programmer som er spesialtilpasset for denne typen innsyn, som for eksempel speilkopi. Det er svært viktig at innsynet gjøres på riktig måte slik at dokumentopplysninger ikke endres underveis. Hvis man tar en vanlig backup av disken, og går inn på de enkelte dokumenter

vil blant annet datoen på når dokumentet sist ble åpnet endres til datoen på den dagen gjennomgangen gjøres. Dette kan ødelegge verdifull informasjon⁹⁰.

Til slutt i § 9-3 siste ledd skal, dersom innsyn i e-postkassen viser at det ikke foreligger dokumentasjon som arbeidsgiver har rett til innsyn i etter § 9-2 bokstav a og b, e-postkassen og dokumentene i denne straks lukkes og eventuelle kopier skal slettes. Dette følger av at arbeidsgiver i en slik situasjon ikke lenger har rettslig grunnlag for behandling av personopplysningene, og dermed er avskåret fra en slik adgang.

6.1.2 Drøftelsesplikt § 9-2 og varsel om at kontrolltiltaket iverksettes etter aml
Arbeidsmiljølovens kap 9 har også en bestemmelse om arbeidsgivers drøftingsplikt i forbindelse med iverksettelse av kontrolltiltak. Når kontrolltiltak skal iverksettes etter aml § 9-1 plikter arbeidsgiver så tidlig som mulig å ”drøfte behov, utforming, gjennomføring og vesentlig endring” av det kontrolltiltaket som iverksettes med arbeidstakernes tillitsvalgte. Dette følger av aml § 9-2 (1). Drøftelses- informasjons og evalueringsplikten som følger av aml § 9-2 er en prosessuell regel ved iverksettelse av kontrolltiltak. Etter andre ledd plikter også arbeidsgiver, før tiltaket iverksettes, å gi de berørte arbeidstakerne informasjon om formålet med tiltaket, praktiske konsekvenser og kontrolltiltakets antatte varighet.

Formålet med reglene i § 9-2 tar sikte på å sikre arbeidstakerne tilstrekkelig informasjon om kontrolltiltaket som iverksettes, og stiller krav om drøftelser mellom arbeidsgiver og de ansattes representanter før iverksettelse.

I høringsuttalelsene til de konkrete, samlede lovbestemmelsene for regulering av kontroll og overvåking i arbeidslivet var arbeidsgiverorganisasjonene NHO og KS for at drøftings- og informasjonsplikten ikke skulle gjelde ved mistanke om misligheter. Departementet var imidlertid enig med Arbeidslivslovutvalget i at drøftingsplikten burde fastsette regler som sikrer arbeidstakerne tilstrekkelig informasjon om kontrolltiltakene, og som setter krav om

⁹⁰ Kilde: Advokat Erling Grimstad. Advokatfirmaet G-Partner.

drøftelser mellom arbeidsgiver og de ansattes representanter.⁹¹ Dette må innebære at drøftelsesplikten gjelder ved alle former for kontrolltiltak, som ikke allerede er drøftet. I lagmannsrettsavgjørelsen fra 2007 trekkes drøftelsesplikten også inn som et moment i vurderingen om forholdsmessighetskravet er oppfylt, og underbygger betydningen av plikten også ved mistanke om misligheter. Retten uttaler at ”Lagmannsretten er enig med tingretten i at den ordensregel om drøfting og informasjon om kontrolltiltak som er nedfelt i arbeidsmiljøloven § 9-2 er av betydning for den konkrete rekkevidden av § 9-1, herunder hvilke slike avtalte kontrolltiltak arbeidsgiver hadde til rådighet”.⁹²

Man kan kanskje dermed si at det i utgangspunktet foreligger en varslingsplikt etter personopplysningsforskriften, og en drøftelses- eller i alle fall en informasjonsplikt etter arbeidsmiljøloven som gir arbeidstaker rett til informasjon om kontrolltiltaket. I rettspraksis synes domstolene å legge vekt på om den kontrolltiltaket retter seg mot er varslet/informert om tiltaket. Manglende varslings vil kunne være et moment i vurderingen som taler for at det ikke var adgang til å iverksette tiltaket. I tingrettsavgjørelsen fra Asker og Bærum tingrett uttaler dommeren at det faktum at arbeidstakerne er varslet om tiltaket vil ”avdempe mulige krenkelser av deres personvern”.

6.1.3 Personopplysningsforskriftens § 9-4

I henhold til pol § 28 skal ikke personopplysninger lagres lenger enn det som er ”nødvendig for” å gjennomføre formålet med behandlingen. En tilsvarende regel er inntatt i personopplysningsforskriften. Av pof § 9-4 følger det at ved opphør av arbeidsforholdet skal arbeidstakers e-postkasse mv. avsluttes og innhold som ikke er nødvendig for daglig drift skal slettes innen rimelig tid. Pol § 28 gjelder tilsvarende. Pof § 9-5 får betydning her, idet arbeidsgiver ikke kan innskrenke arbeidstakers rettigheter ved avtale etter denne bestemmelsen.

⁹¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147 (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

⁹² RG 2007 s. 855

Etter merknadene til pof § 9-4 må hva som ligger i rimelig tid vurderes konkret, men det må kunne forventes at arbeidsgiver gjør en vurdering i løpet av ”en seks måneders periode etter arbeidsforholdets opphør”. En slik tidsangivelse følger ikke av pol § 28. Et spørsmål blir da om forskriften innskrenker regelen i loven, slik at virksomhetsrelatert informasjon må slettes etter seks måneder. I den nevnte tingrettsdommen fra Asker og Bærum tingrett uttaler retten at den ikke kan ”se at man ved forskriften har ment å gjøre en innstramming på dette punkt”. En slik forståelse vil etter rettens synspunkt være uheldig og ulogisk, noe som neppe har vært intensjonen ved utarbeidelse av bestemmelsen. Et moment som etter min mening taler i motsatt retning er at forskriftens regel setter press på arbeidsgiver i det han eller hun må skille ut hvilke dokumenter som har betydning for virksomheten innen seks måneder, og slette det overflødige. På denne måten vil forskriften føre til at regelen blir mer effektiv. På den annen side er jeg likevel enig med tingretten i at en absolutt sletteplikt vil kunne gi uheldige utfall i enkelte tilfeller. Formuleringen i merknadene er for øvrig at ”det må kunne forventes at arbeidsgiver har foretatt en vurdering i løpet av seks måneder”. Dette høres for meg ut som et veiledende utgangspunkt heller enn en absolutt plikt. Antagelig vil spørsmålet måtte avgjøres ved en konkret vurdering.

6.1.4 Lojalitets- og medvirkningsplikt hos arbeidstaker

I forbindelse med ethvert kontrolltiltak i arbeidsforhold vil det kunne oppstå et arbeidsrettslig spørsmål om lojalitets- og medvirkningsplikt hos arbeidstaker. Det følger av rettspraksis at det gjelder en alminnelig, ulovfestet lojalitetsplikt for arbeidstaker i arbeidsforhold.⁹³ Denne lojalitetsplikten innebærer for det første at den ansatte ikke skal foreta handlinger som er til skade for eller egnet til å skade arbeidsgiveren i relasjon til virksomhetens formål. For det andre plikter den ansatte å fremme arbeidsgivers interesser fremfor sine egne. Og for det tredje innebærer lojalitetsplikten at arbeidstaker ikke har rett til å utnytte sin stilling til egen fordel, eller til fordel for andre som arbeidstakeren ønsker å tilgodese.⁹⁴ Lojalitetsplikten blir særlig viktig ved spørsmålet om kontrolltiltak kan

⁹³ Se blant annet Rt. 1990 s. 607 og Rt. 1993 s. 300.

⁹⁴ Dege. *Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* (2003)

iverksettes på grunn av mistanke om misligheter. Brudd på lojalitetsplikten synes å være et sentralt element i avgjørelsen om kravene for iverksettelse av kontrolltiltak er oppfylt.

Dersom det foreligger en adgang til å iverksette et kontrolltiltak får arbeidstakerne i så fall en motsvarende plikt til å finne seg i og medvirke til kontrollen.⁹⁵ Dette er et utslag av lojalitetsplikten. I følge Henning Jakhelln må det på bakgrunn av tillits- og lojalitetshensyn ”legges til grunn at arbeidstaker også er forpliktet til å medvirke til at eventuelle uregelmessigheter blir klarlagt, og iallfall ikke legger hindringer i veien for dette, jf. Rt. 1965 s. 763...”.⁹⁶ En annen illustrerende sak er NAD 1981 s. 371.⁹⁷ I dette tilfellet skulle arbeidsgiver kontrollere bilen til en ansatt på grunn av mistanke om at bilen var fylt opp av varer fra virksomheten. Arbeidstaker stakk av på vei til bilen der kontrollen skulle gjennomføres. Dette ble ansett for å være et grovt lojalitetsbrudd, og dermed grunnlag for oppsigelse.

Plikten til å medvirke vil også gjelde dersom arbeidsgiver har rettslig grunnlag for innsyn i e-post der dette er nødvendig. Dersom arbeidstaker legger hindringer i veien for arbeidsgiver, kan dette i prinsippet føre til oppsigelse eller avskjed i seg selv.

Det følger muligens også en slags ”lojalitetsplikt” av personopplysningsforskriften som går ut på at arbeidstaker har plikt til på eget initiativ å gjøre arbeidsgiver kjent med e-post med tjenestelig innhold. Arbeidstaker har også plikt til å gi arbeidsgiver tilgang til arkivverdig materiale. Dette fremkommer av merknadene til pof § 9-2, se niende avsnitt. Særlig i forbindelse med fravær fra arbeidsplassen vil arbeidstaker forenkle situasjonen ved å gi arbeidsgiver tilgang til e-postkassen for å administrere jobbrelevante dokumenter som krever oppfølging mens arbeidstakeren er fraværende. Det kan tenkes at arbeidstaker kan

⁹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144 (Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.) og NOU 2004:5 s. 407. (Arbeidslivslovutvalget)

⁹⁶ Jakhelln 2006 s. 409.

⁹⁷ Norsk arbeidsrettslig domssamling 1981-83, jf. NAD 1981 s. 371.

stå i fare for å bli sagt opp dersom han eller hun legger vesentlige hindringer i veien for arbeidsgiver i denne sammenheng.

7 Avslutning

Det er et gjennomgående problem at forholdet mellom regelsettene i forbindelse med kontrolltiltak er uklart. Det er uklart hvordan reglene i personopplysningsforskriftens kapittel 9 skal forstås i forhold til reglene i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven. I forbindelse med utarbeidelse av pof kapittel 9 burde det etter min oppfatning særlig blitt presisert hvilken betydning vilkårene for innsyn i forskriften får i forhold til de alminnelige vilkårene i personopplysningsloven. En avklaring av hvilken betydning arbeidsmiljøloven er ment å ha ved spørsmålet om innsyn i e-post kunne også med fordel vært presisert. Henvisningen til forskriftshjemmelen i aml § 9-5 gir liten veiledning i seg selv.

En del momenter taler for at reglene for innsyn i e-post mv. burde blitt tatt inn i arbeidsmiljølovens kapittel 9. For det første ville man ikke fått de samme problemene med begrepene ”arbeidsgiver” og ”arbeidstaker”, som er brukt i personopplysningsforskriften men ikke i personopplysningsloven. At forskriften bruker tilsvarende begreper som i arbeidsmiljøloven taler for at den burde vært en del av denne. For det andre ville man trolig unngått uklarhetene rundt hvordan vilkårene for innsyn i e-post skal tolkes i forhold til vilkårene for behandling i personopplysningsloven. Et tredje moment som kan tale i samme retning er at det trolig ville være lettere for ikke-jurister å finne frem i regelverket dersom reglene for arbeidsgivers rett til innsyn i e-post hadde stått i arbeidsmiljølovens kapittel om kontrolltiltak.

8 Kilder og litteratur

Lover

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (Arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62

Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14 april. 2000 Nr. 31

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai. 1999 Nr. 30

Forskrifter

FOR 2009-01-29 nr 84: Forskrift om endring i forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften)

FOR-2000-12-15-1265: Forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften)

Forarbeider

NOU 2009:1. Individ og integritet. Personvern i det digitale samfunnet.

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget.

NOU 1997:19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger

Ot.prp.nr.71 (2007-2008) Om lov om endringer i personopplysningsloven mv.

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger
(personopplysningsloven)

Internasjonale kilder

1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK).

Direktiv 95/46/EF Om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.

Niemitz v. Germany.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol.
Sak 13710/88. Strasbourg 16. desember 1992.

Copland v. The United kingdom

Den europeiske menneskerettighetsdomstol.
Sak – 62617/00. Strasbourg 3.april 2007.

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1965 s. 763

Rt. 1990 s. 607

Rt. 1993 s. 300

Rt. 1993 s. 954

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk- dommen)

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø- dommen)

Rt. 2001 s. 668

Rt. 2001 s. 1589

Rt. 2002 s. 273

Rt. 2002 s. 1500

Rt. 2005 s. 518

Norsk arbeidsrettslig domsamling:

NAD 1981 s. 371

Arbeidsretten

ARD 1951 s. 291

Lagmannsretten:

RG 1993 s. 77

LB-2002-2299

RG 2007 s. 855

Tingretten:

Asker og Bærum tingrett 09160051TVI-AHER/1

Juridisk litteratur

Schartum, Dag Wiese og Lee A. Bygrave. *Personvern i informasjonssamfunnet*. Bergen, Fagbokforlaget, 2004.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg. Oslo N.W. Damm & Sønn AS, 2006.

Jakhelln, Henning og Helga Aune. *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon*. 2. utg. Oslo, N.W. Damm & Sønn AS, 2007.

Dege, Jan Tormod. *Den Individuelle arbeidsrett*. Minerva, Oslo, 2009

Jan Tormod Dege. *Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo, Minerva, 2003.

Jakhelln, Henning og Helga Aune. *Arbeidsrett.no: Kommentarer til arbeidsmiljøloven*. Oslo, N.W. Damm & Sønn AS, 2005.

Fougner, Jan og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven. Kommentirutgave*. Oslo, Universitetsforlaget, 2006.

Wiik Johansen, Michal, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Skullerud. *Personopplysningsloven. Kommentirutgave*. Oslo, Universitetsforlaget, 2001.

Borchgrevink, Mette. *Norskforskriftsendring 1. mars 2009: Arbeidsgivers innsyn i arbeidstakers e-post*. I: Lov&Data. Nr. 97 (mars 2009), s. 14-19.

Borchgrevink, Mette. *Arbeidstakers personvern – EMK og nye e-postregler*. I: Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 4 (2009), s. 179-197.

Bråthen, Mona. *Personvern under press*. Oslo, 2008. (Fafo- rapport 2008:34)

Nettdokumenter

Bentzrød, Sveinung Berg. *Skjerper reglene mot epost-snoking*. I: Aftenposten. 05.07.05.
<http://www.aftenposten.no/forbruker/digital/nyheter/article1074223.ece> [Sitert 27. januar 2010].

Tormod Haugstad og Erling Ramnefjell. *Kopierte ansattes e-post*. I: Dagbladet. 24.06.05.
<http://www.dagbladet.no/nyheter/2005/06/24/435540.html> [Sitert 27. januar 2010].

Øystein Andersen og ANB. *Anmelder Vinmonopolet for e-snoking*. I: Dagbladet. 19.10.2005 <http://www.dagbladet.no/nyheter/2005/10/19/446888.html> [Sisert 30. januar 2010].

Arnfinn Mauren. *Krever erstatning etter snoking*. I: Aftenposten. 10.04.10. <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article3600418.ece> [Sisert 12.04.10],

Regjeringen. Høringsdokument. *Høring – forslag til regler om arbeidsgivers innsyn i ansattes e-post mv.* 17.10.06. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/horinger/horingsdokumenter/2006/forslag-til-regler-om-arbeidsgivers-adga.html?id=270942> [Sisert 12.02.10].

Regjeringen. Merknader til personopplysningsforskriften (2009). http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Personvern/epostforskriften_merknader_rev.pdf

Datatilsynet. Redaksjonen. *E-poster og filer: Veiledning om arbeidsgivers innsyn i e-post og filer*. 10.03.08. http://www.datatilsynet.no/templates/article_201.aspx [Sisert 27.01.10].

Datatilsynet. Redaksjonen. *Ny forskrift om arbeidsgivers rett til innsyn i ansattes e-post*. 05.01.10. http://www.datatilsynet.no/templates/article_2588.aspx [Sisert 27.01.10]

Personvernskolen.no. Kommentarer til personopplysningslovens § 11 b (online), note 226. <http://www.personvernskolen.no/node/226> [Sisert 12.04.10]

Annet

Datatilsynet (2010) *Varslet innsyn i elektroniske dokumenter*. Vedtak av seniorrådgiver Christine Ask Ottesen. (Unntatt offentlighet). Tilsendt fra informasjonsrådgiver Trude Talberg-Furulund, Datatilsynet.

Hovedavtalen LO/NHO 2010-2013. Tilleggsavtale V.

Borgerud, Ingeborg Moen. Kommentarer til arbeidsmiljøloven. Rettsdata (online), note 255 [sitert 17. mars 2010].

Schartum, Dag og Lee. A. Bygrave. *Utrekning av behov for endringer i personopplysningsloven*. Rapport etter oppdrag fra Justisdepartementet og Moderniseringsdepartementet, 2006.